

1 — 『奈良法学会雑誌』 第22巻 3・4号 (2010年3月)

《論  
説》

# ドイツ不正競争防止法における刑事規制

前 嶋 匠

I. はしがき

II. 可罰的広告

(一) 保護目的および法的性質

(二) 不実の表示

(三) 誤解を招く取引行為

(四) 公の告知またはより多くの人的範囲に対する通知

(五) 事例の検討

(六) 不正取引慣行指令

III. おわりに

I. はしがき

ここ数年来、企業による食品等の偽装や不当表示に関するニュースが頻繁に報道されている。このような状況に  
対してわが国ではどのような法律がこれに対処しているかに関して、すでに以前別稿で紹介した。<sup>①</sup>しかし、偽装問

題は何もわが国固有のものではない。豪華な食事付き旅行と謳っておきながら、実は粗末な食事しか提供しなかったいわゆる招待バスツアー (Kaffeefahrt) 事件<sup>②</sup>など、ドイツにおいても不当表示が問題となっており、特に九〇年代初頭には、その腐敗ぶりがメディアを賑わさない日はなかったほどである。<sup>③</sup> 事件の概要は以下の通りである。

【事案】被告人Kは、彼の顧客に、「大当たり——〇〇さんへの商品引換券」という見出しで、参加費一九・九マルクの日帰り買い物バスツアーに関するダイレクトメールを一回のツアーにつき最低一五〇〇通発送した。その際、その文面には、真実に反して、「抽選でトップ賞当選」「大当たり——五〇〇マルク獲得」「おいしくてポリウムたっぷりの昼食」「商品は日帰り旅行の際に贈呈」と記載されていた。この広告文につられて少なからぬ者がバスツアーに参加した。しかし、実際には、抽選は行われず、旅行参加者全員に、被告人の会社で外国旅行を予約した場合だけ現金化することのできる五〇〇マルクの旅行クーポンが手渡された。また、料理に関しても、実際に提供されたのはエンドウ豆スープの缶詰であった。なお、バス旅行自体の費用は、価格相当のものであった。

このような事態に対して、ドイツでは、わが国と同様不正競争防止法 (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb) が存在し、その旧四条には刑事罰が規定されており、独自に対処していた。もともと、競争法は民事法によって発展してきたため、不正競争防止法における刑罰規定は、不法行為法形態の例外であり、一般予防および特別予防から刑事処罰を必要とする特に危険な行為態様のみを対象としている。損害賠償のように、民事的な制裁のみで対処するのではなく、刑事罰を導入することによって、経済における競争違反行為によりよく対処することができるからである。このように、従来、ドイツ国内で行われた不正な競争行為に対しては、ドイツ国内の法のみを考慮すれば足り、他国の法律に目を向ける必要はなかった。しかし、EU加盟国内で法規定が異なる場合、越境して経済活動を行う際、同じ不正競争行為でありながら国によって消費者が保護されたりされなかったりするといった事態が

発生してしまつたため、域内全域での広告を実施することが困難となりかねない。そうすると、域内での障壁なき自由な競争はおぼつかなくなる。そのため、EU統合の流れは法律分野にも及ぶようになった。もともと、EUは自由な域内市場の創設を目的としており、欧州共同体設立条約前文（ならびに、リスボン条約<sup>(5)</sup>）によつて欧州共同体設立条約を抜本的に改定した「欧州連合の機能に関する条約」前文）に「公正な競争を保証する」と謳われている。そのため、ローマ条約締結後すぐに、競争法を加盟国間で調和する作業が開始された。しかし、不正競争に対する独自の法をもたない一部の国が調和化に否定的態度をとつたため、作業がなかなか進展せず、加盟国間のばらつきが放置されたままであつた。このような事態を解消するため、特に、域内経済と密接に結び付いている競争法をEU諸国内で調整する必要性の高まりから、EU委員会は、「誤解を招く広告に関する加盟国の法規定および行政規定の統一についての一九八四年九月一〇日の理事会指令八四／四五〇／EWG」（その後、一九九七年に許される比較広告の範囲を明示すべく本指令が改正され、名称も「誤解招来広告および比較広告指令」と改められた。しかしそれ以降もドイツではこの指令を誤解招来広告指令と呼んでいるため、以下ではこのドイツの呼称に従い本指令を「誤解招来広告指令」と呼ぶこととする）を公布した。一方、旧不正競争防止法は公正な競争の確保を目的としていたため、一九六〇年代以降高まつた消費者保護の視点がそこには欠如していた。そのため、二〇〇四年、一九〇九年以降妥当していた不正競争防止法が改正され、現代化、自由化ならびにヨーロッパ化の要請に応えることとなった。いまや、競争の公正性は、ドイツ国内だけの問題ではなく、EUにおける機能的な域内市場の前提でもある。そこで、本稿では、このようなヨーロッパの法統合にも言及しつつ、可罰的広告という、ドイツ不正競争防止法において処罰されている不正競争行為を検討していく。

なお、後に本文中で言及するが、二〇〇四年に新不正競争防止法が成立して以降、本法は二〇〇九年に一部改正

されており、旧法と区別するため、新法成立後に改正された箇所においては、必要に応じて「修正前」という文言を付記する。

## Ⅱ．可罰的広告

### (一) 保護目的および法的性質

現行の不正競争防止法は、その第一条で「この法律は、不正な取引行為から競争者、消費者およびその他の市場関係者を保護するためのものである。それと同時に、不正のない競争に関する公衆の利益を保護する」と規定し、消費者保護をも目的としている点で、公正な競争の確保のみを目的としていた旧法と異なっている。しかし、すでに判例・学説においては旧法時代から消費者保護も考慮に入れていたため、実質的に異なるところはない。

また、可罰的広告を処罰している一六条一項は、「特に有利な申し出のような印象を生じさせる意図で、公の広告または多くの人的範囲に対する告知において、不実の表示によって誤解を招くような宣伝をした者は」処罰されたと規定し、現実には損害が発生することを要件としていないため、処罰規定であった旧四条と同様、抽象的危険犯と考えられている。そのため、一定の欺罔手段を講じたことを処罰する点で詐欺罪と共通するものの、消費者の側で実際に欺かれたとか財産被害にあつたということは問題ではない。具体的な財産損害を放棄する方が、不正競争をできる限り効果的に抑圧することができると考えられたからである。それ故、一六条一項は、詐欺罪の先行領域という意味において、望ましくない行為態様ばかりでなく、詐欺罪では捉えることのできない行為をも処罰する。もっとも、利潤追求を目的とする企業が自社の商品やサービスに関して多少の誇大広告を行うことは、通常の経済活動の一部として許容されている。そのため、処罰規定は、競争違反の著しく危険な現象形態に向けられている。

では、具体的にどのような行為態様が問題となるのであろうか。次にこの点に言及していく。

## (二) 不実の表示

### (1) 表示

表示とは、潜在的顧客の購買決定にとって本質的なあらゆる事実の主張であり、広く公衆に対して向けられていなければならないとか、実際の種類に関する内容的に検証可能な命題であると説明され、純粋な価値判断とは異なる。そこから逆に、広告者との個人的会話は基本的に構成要件に該当しない。表示方法は明示でも黙示でもいい。ここでは、理性的に行動する消費者がその表示に対してどのように考えるかが重要である。ドイツでは、従来、消費者像に「愚かな」消費者をも含めて事物を検討していたため、注意深く検討すれば欺罔が認識できたということとは問題ではないとみなされ、保護水準は被害者に非常に有利であった。しかし、後述するように、誤解招来広告指令や指令を含めたEU法の定義に関して独占的に解釈できるEU裁判所の判例の影響を受け、平均的に情報を与えられた注意深い理性的な消費者が基礎とされるようになった。このような消費者が購買を決定する際に重要であるもののみが、構成要件に該当する表示として位置付けられるのである。

旧四条によれば、表示は必ず業務と関係していなければならない<sup>9)</sup>。従って、広告された製品や企業の業務と関係ない、全くの個人的属性や関係にかかわる事情は刑罰規定によつて捕捉されていなかった。しかし、その一方、業務と関係する不実の表示が常に当罰的不法となるわけではなかった。例えば、バケツやたわしといった日用品の場合、企業の規模や生産地に関する表示は重要ではない。しかし、現行一六条一項はこの業務関係性要件を放棄した。そのため、結果として客観的構成要件の拡張を伴うこととなり、個人的生活状況も構成要件に該当するので

という問題が生じた。これに関して、客観的構成要件には該当するものの、主観的構成要件に該当しないという見解がある。例えば、アレクサンダーは、一六条一項は、有利な申し出のような印象を生じさせる意図で不实の表示がなされることを必要としており、申し出が有利であるか否かは品質や産地といった経済的観点から判断されるため、個人的状況に関する偽りはそのような意図に基づく表示ではないと主張する<sup>⑩</sup>。しかし、この見解によると、行為者が「江戸時代創業」という偽りの看板を出していた場合、個人の経歴のような全くの個人的事情を偽っているわけではないため、主観的構成要件が肯定され、刑罰の対象となってしまう。商品が消費者の期待に沿うものである限り、通常、創業年次は消費者にとっては重要でない偽装表示にすぎない。従って、主観的構成要件によってではなく、明確性という観点からも、客観的構成要件によって制限すべきである。確かに、五条一項には、広告が誤解を招くか否かの判断に際して、どのような点の表示が考慮されなければならないかが列挙されている。しかし、このリストを広く解釈した場合、本来当罰的でない行為まで処罰されることになりかねず、また逆に、リストを狭く解釈した場合、処罰の間隙が生じてしまう。そのため、旧四条に規定されていた「業務関係」概念を取り入れることによって、構成要件の拡張を制限しようとすることも考えられる。しかし、旧法の業務関係概念は非常に広く解釈されており、あらゆる独自の経済活動を意味していたため、純粹に私的な意思表示しかこの規範の適用領域から排除されない。従って、この概念では十分な制限とはならない。そこで、ドイツの通説は、一方で、消費者の購入決定にとって本質的な事情のみが広告表示の基準として考慮されるということを保障し、他方で、広告表示の対象となった全ての事情が消費者決定にとって本質的であったとき可罰的広告の適用領域に該当しうる「本質性要素」を構成要件に取り入れるべきであると主張する<sup>⑪</sup>。これにより、契約締結にとって本質的な全ての表示が規範の適用領域に該当することになる。先に挙げた創業年次の場合、確かに通常、いつ会社が設立されたかは消費者にとって

関心のない表示である。しかし、消費者は歴史の長さに着かれて商品を購入する場合もある。この場合、創業年次はこの消費者の購入決定にとって本質的な要素である。従って、この見解が妥当であろう。

## (2) 不実性

可罰的広告の構成要件は、さらに、広告表示の不実性を要求する。不正競争防止法を改正する際、不実の表示要素を削除し、可罰性を誤解を招く広告のみと結び付け、その結果、客観的に真実の表示も規範の適用領域に該当させようとする動きがしばしばあった<sup>12)</sup>。この考えによれば、誤った観念を故意に利用することが可罰的広告における不法の核心であり、それ故、不法内容において、客観的に不実の広告は客観的に真実であるが誤解を招くような広告に匹敵しうる。可罰性はもっぱら誤解を招くのに適していたか否か、すなわち、広告表示によって公衆が抱いた観念によってのみ判断されることになるため、客観的に真実の表示をしていたとしても、それが広告名宛人によって誤解される限り、可罰性が拡張されることになる。しかし、不実性要素を排除し、「誤解を招くに適した表示」のみで可罰性を認めるこの見解に対して、多くの者は、処罰の拡大化傾向に対して懸念を表明したほか、処罰が消費者の全く異なる混乱率に委ねられることになるため、基本法一〇三条二項の明確性原則に反すると批判した<sup>13)</sup>。広告表示が誤解を招くか否かの判断は、常に取引している者の理解力や情報状態に左右される。しかし、一部の消費者の見解が行為を犯罪行為と位置付けるとするのは、適切な基準とはいえない。さらに、規範の文言から許された行為と許されざる行為との境界を看取できないかもしれない、ということの基本法一〇三条二項は要求しているにもかかわらず、自らの広告が誤解を招くようなものであるか否かを広告主が商工会議所等に確認しなければならなくなるならば、それは規範の明確性にも反することになる。全ての規範名宛人は、どの行為が構成要件に該当する



かを予見できなければならぬ。その他、実務的観点からではあるが、問合せ等による情報収集を行えば、その分コストがかかるばかりでなく、広告の柔軟性や自発性を減少させ、ひいては経済活動を侵害することとなる。<sup>(14)</sup>このような批判から、現行法では、旧法と同様、不実性要件が加えられることとなった。

では、不実性とはどのように解釈されるのか。この問題については、旧法時代から非常に争われている。旧判例<sup>(15)</sup>および旧通説<sup>(16)</sup>は、広告によって呼びかけられた消費者および彼の理解という主観的観点から判断していた。すなわち、不実性の確定は、書かれざる構成要件要素としての社会生活上の理解力から判断すべきとされていた。これは、後述する誤解を招く広告を判断する場合と同じ基準である。従って、この見解によれば、不実の表示は基本的に誤解を招くのに適しているため、法律のいたるところに散見される「不実な」と「誤解を招くような」は同じことを意味することになる。<sup>(17)</sup>誤解招来要件が社会生活上の理解から判断することが広く認められていることから、同義の不実性要件も同じ基準で判断するのである。しかし、そのため、二つの異なる概念が存在するにもかかわらず同じ意味内容であるならば、一方は不必要であるという批判が当然生じる。そのためこの見解の支持者は、「誤解を招く」というのは広告名宛人の「全く取るに足らないわけではない」人達の観念像に基づくのに対して、「不実性」は社会生活領域の広いコンセンサス、すなわち、広告名宛人の「平均的理解力」に基づくと主張し、両者の間に量的な差を認める。また、アレクサンダーは、基本的にこの見解に立脚しつつ、広告表示の決定的な意味内容の確定とその真実性内容の確定とを区別し、前者は情報を提供された注意深い理性的な平均的消费者がどのように理解するかによって確定され、後者は客観的観点によって確定されるというように二段階構造を主張する。<sup>(18)</sup>

これに対して、客観的理解を基礎とし、広告表示と現実との客観的抽象的相違を不実と理解する見解が現在では支配的である。<sup>(19)</sup>本説は、旧判例・通説に対して、表示の不実性と誤解の招来を同じ基準で確定すれば一方は不必要



となると、先の問題点の他、例えばドイツ刑法二六四条一項一号、四号における「不当表示」という概念は客観的意味内容を基礎として<sup>20)</sup>いる、正しく表示したにもかかわらず消費者が誤解した場合に構成要件に該当してしまう、などと批判する。また、ルースは、刑罰という強力な制裁を科す以上、処罰される行為の要件は個々人にとつてできる限り明確で予見可能でなければならぬため、社会生活領域の観点からのみで広告表示の可罰性を決定するのは明確性の原則に反すると批判する<sup>21)</sup>。さらに、旧通説は、誤解を招く場合と不実性を判断する際に、広告の名宛人に関して量的差異を設けているが、誤解招来広告指令を受けて成立した現行不正競争防止法は、EUC裁判所の判例に従い、その消費者像を、従来のドイツ法におけるせつちちな消費者から、情報を提供され、理性的で注意深い消費者へと転換し、その結果、旧通説の基礎にあつた消費者像は現行法と相いれないことになる。また、客観説は、客観的な不当表示は基本的に誤解を招くために、後者の要素に独自の意味はないということを主張するものではない。客観的に不当な表示が行われても、例えば商人間での取引の場合、彼らは商慣習に基づいて表示を正しく理解することもあり、この場合、誤解は生じていない。このことは、今や、自らの消費経験や独自の製品調査によって得た情報に基づいて、しばしば、何が広告表示の背後の潜んでいるかを知っている理性的消費者の理解が基礎とされているだけに、一層妥当する。そもそも、誤解を招くことが禁止されているのは、広告表示の真实性自体を保護しているからではなく、消費者の購買に影響を及ぼしうる欺罔から彼を保護すること、詐欺的広告表示による競争の歪曲から競争者を保護すること、それによる競争侵害から公衆を保護することにある。それ故、不実性はそれだけみれば可罰性を根拠付けられない。不実の表示は、それが消費者に誤解を生じさせるとき初めて、法的に重要となる。誤解を招く広告という要素は、規範の適用領域を制限する主観的フィルターである<sup>22)</sup>。

思うに、「不実の」「誤解を招く」という語がともに使われているうえ、「不実性」要件の削除が検討されたにも

かわらず、結局削除されなかったこと、両者の概念に量的な差を設けるといつてもそれは相対的にすぎない、誤解招来広告指令に基づいてすでに「平均的に情報を提供された理性的消費者」像が確立している等に鑑みると、基本的に、客観説が妥当であろう。しかし、不実とは、事実を偽る場合以外にも、広告の意味内容を偽る場合もありうる。冒頭の事例のように、おいしい食事を提供すると表示しておきながら、実際には缶詰だった場合、純客観的に判断した場合、一応、食事は提供されているため、不実とはいえなくなる。このように解釈を必要とする場合、裁判官による評価というのは適切でないであろう。不正競争防止法が消費者保護を目指していることに鑑みると、評価主体は広告の名宛人である消費者とすべきであろう。もっとも、本法律の消費者像は従来の見解から誤解招来広告指令に基づいた「情報を提供された注意深い理性的消費者」へと変遷しているため、この消費者による評価を基準とすべきである。それ故、先述したアレクサンダーのように、二段階構造をとることが妥当であろう。しかし、主観説を基調としたアレクサンダーと異なり、第一段階として事実的な内容の確定、そして解釈を必要とする場合にはさらに第二段階として意味内容の確定の順番で行うべきである。事物は客観から主観へと判断すべき方が合理的である。

### (三) 誤解を招く取引行為

一六条一項の構成要件が認められるためには、さらに、広告が誤解を招くものでなければならない。しかし、本条項には誤解を招く広告が定義されておらず、ただ、不正取引慣行指令の国内法化以前の不正競争防止法五条に誤解を招く広告をした者は三条の意味において不正に行為したものであると規定されていたにすぎない。<sup>24)</sup>そのため、誤解を招く広告という要素を解釈するにあたり、修正前五条が援用される。事実、不正競争防止法改正法理由書は、

修正前五条に規定されている誤解招來の禁止を、一六条一項を充足する「基本的前提」と述べている。<sup>(25)</sup>しかし、修正前五条が修正前三条を参照していたことから、一六条一項も旧三条の構成要件的前提を規定の中に取り入れているのか否かは争われている。

### (1) 競争行為

不正競争防止法修正前五条一項によれば、誤解を招く広告をした者は、修正前三条の意味における不正に行為した者である。このように修正前三条を参照することによって、同条の不正競争行為が問題となる場合にのみ、修正前五条の誤解招來の禁止も問題となるのであり、誤解を招く広告をしたことは、修正前三条に規定された不正競争行為の一つではない。そして、一六条一項と修正前五条は「誤解を招く広告をした」という同じ文言を使用している。そこで、一部の者は、一六条一項は修正前五条を引き合いに出し、修正前五条が修正前三条を参照している点を捉えて、一六条一項の可罰的広告にとっても修正前三条の競争行為（競争行為自体の定義は修正前二条一項一号に規定されていた）が問題であると主張する。<sup>(27)</sup>

これに対して、一六条一項は、修正前五条とは異なり、修正前三条を参照していないため、修正前三条を前提とする必要はないという見解も主張されている。<sup>(28)</sup>それによれば、修正前五条は修正前三条の不正性とのみ関連しており、修正前三条に規範化された不正競争が許されないその他の要件とは関連しない。同じことは一六条一項を解釈する際にも妥当する。一六条一項は修正前五条一項の「誤解を招く広告」による不正性とのみ結び付いており、修正前三条にのみ規定されているその他の構成要件要素とは結び付いていない。すなわち、一六条一項は「誤解を招く広告」という要素によって修正前五条と結び付いているにすぎないのに対して、修正前三条は不正競争行為を許さ

ない要件を規範化している。また、この見解は、広告の可罰性を修正前三条の競争行為の存在に依存させることは、目的論的観点からも好ましくないと主張する。なぜなら、例えば、製品の独占供給者が誤解を招くような広告をしても、同条の成立要件である競争侵害がここには存在しない以上、一六条一項の他の全ての要件を充足していたとしても、彼は処罰されないことになるからである。同様のことは、消費者団体や実験機関に対してもあてはまる。彼らが製品に関して故意に誤った判断を公表しても、競争行為が存在しないため、それは可罰的広告の適用領域から除外され、処罰の間隙が生じてしまうことになる。しかし、本説によると、消費者の購入決定にとって重要でない非本質的事情の偽装表示を一六条一項から排除できるかという問題が生じる。というのは、修正前三条は取るに足らないというほどではない程度に競争を侵害する行為を禁止している一方、一六条一項は修正前三条の競争行為を前提としない場合、取るに足らない競争の侵害にも一六条一項の構成要件該当性が認められてしまうからである。しかし、立法者の観点からも目的論的観点からも、このような場合にまで刑罰という強力な制裁を科すことが望まれていないということは明らかである。このような犯罪構成要件の拡大を制限するために修正前三条を援用すべきという考えに理由がないわけではない。しかし、このような考えに対してルースは、二つの点から反論する。まず、消費者の購入決定にとって重要でない事情の不当表示は、不正競争防止法の保護目的に影響を及ぼすほどのものではなく、社会的有害性を示していないため、刑罰を科すほどではないとする。そのため、一六条一項の適用範囲を制限するため、文言には規定されていないが、修正前三条の本質性要件を本条項自体にも取り入れるべきと主張する。また、彼は、基本法一〇三条二項を考慮して、規範の文言が刑罰規範の最も外側の限度であり、立法者はできる限り正確で明確に犯罪構成要件を公式化する義務を負っているが、修正前五条および修正前三条と結び付いた一六条一項に関して、これがうまくいっているか否かは疑わしいとする。<sup>(4)</sup>

そもそも、一六条一項は、不実の表示によって誤解を招く広告をした者を処罰する規定である。通常、他社製品ではなく自社製品を購入してもらいたいため、企業は不当表示を行う。確かにそこには、企業間での競争行為が背景にある。しかし、一社による独占販売のような場合、そこに競争は存在していない。この会社が不実の表示を行い、それが消費者の購買決定に影響を及ぼした場合、競争行為が存在しないから処罰されないというのは不合理である。しかしその一方、不正競争防止法は、第一条に規定されている通り、不正競争から競争者を保護することを目的としている。そこには、競争行為が前提となつてゐる。一律に競争行為を前提としているか否かと考えるよりは、一社独占販売かそうでないかによつて区別するのが合理的といえよう。前者の場合は競争行為を前提とせず、後者の場合は前提とするのが妥当である。また、競争行為を前提としない場合、取るに足らない競争侵害行為まで処罰の対象となリかねないという批判に対しては、上述の本質性の視点から反論しうるであろう。消費者にとって本質的でない事情に不実の表示があつても、それによつて消費者の購買決定は左右されない。消費者を保護することも本法の保護目的であることに鑑みると、このような非本質的事情によつては消費者は危殆化されないため、最初から可罰的広告の適用範囲外にあると解すべきであろう。二〇〇九年の改正に際して、五条一項一号に、修正前にはなかった「本質的」という要素が新たに加わつたことも、この考えを裏付けるものといえよう。

## (2) 取引行為

一六条一項の「誤解を招く広告をする」という要素の解釈は、修正前五条を志向しており、その修正前五条は二項から五号まで誤解を招く広告の要件を詳細に具体化している。ドイツ立法者は、この条文を公式化する際、不正な取引行為に関するEÜ指令の文言に準拠した。現五条も、若干の追加や削除はあるものの、基本的な点では変

更ない。そこで、現五条をみていくことにする。まず、一項は、誤解を招く取引行為を行った者が不正に行爲した者であり、取引行為が不実の表示を含むか、一号から七号までの事情に関して欺罔に適したその他の表示を含むとき、その行為が誤解を招くものであると規定する。具体的には、製造日や量、産地等のような商品やサービスに関する本質的要素に関する事情（二号）、特別価格の存在のような販売のきっかけまたは商品やサービスを提供する条件に関する事情（二号）、企業家の人物や性質、権利に関する事情（三号）、表現やメッセージに関する事情（四号）、交換や修理等の必要性に関する事情（五号）、行動基準の遵守に関する事情（六号）、供給されなかった場合の消費者の権利に関する事情（七号）に区分されている。二項は競争者の商品やマーク等と取り違える危険を惹き起こす取引行為を誤解を招くものと規定する。三項は比較広告の他、例えば工場やワイン畑の光景といった具象的描写も、表示の取り違いを目的としかつそれに適している場合には、一項二文の表示と同様の効果を表すと述べている。さらに、四項は価格引下げ広告の立証責任の転換を規定する。また、従来、五条二項二文に規定されていた不作為形態は、EU指令を国内法化する際に新設された五条aで規制されることになったと同時に、消費者の決定に影響を及ぼす本質的事情の不告知も不正な行為とみなされることとなった。今回の改正に際して、企業側に情報提供義務こそ課されなかったものの、現代社会における情報の重要性に鑑みて、情報の不告知を新たに追加したもののといえよう。

不正競争防止法は誤解招来広告指令を下敷きにして作成されたため、五条もEUの基準に従って解釈されることとなる。そのため、誤解招来広告指令によって誤解を招くものではないと判断された広告は、不正競争防止法によってもはや捉えられないことになる。逆にいえば、EU法によって禁止されていないものは全て許される。また、広告概念が不正競争防止法に規定されていない場合のように、五条の個々の内容に関して解釈が不明確な場合、

本法の基礎となった誤解招来広告指令の規定を直接引き合いに出すことが可能となった。もっとも、誤解を招く広告から消費者を保護するため、誤解招来広告指令七条一項は、「この指令は、誤解を招く広告の場合、生業を営む者および競争者の十分な保護を意図する規定を加盟国が保持または公布することを妨げない」と規定しており、EU水準より厳格な国内法の制定を認めている<sup>30)</sup>。それにもかかわらず、立法者は不正競争防止法の改正に際してこれを行わず、EU水準を法的保護の上限とした。しかしこれにより、従来、幅広い消費者保護を認めてきたドイツ法の水準が、EUの基準である理性的な消費者へと消費者像を転換したことにより、ドイツにおいてはむしろ消費者保護が後退したことになる。

### (3) 広告

不正競争防止法一六条一項は、修正前五条と同様、広告の存在を前提とする。しかし、現行法も修正前の法律や旧法にも広告概念は規定されていない。それ故、現行法の基礎となった誤解招来広告指令二条一号が参照される。誤解招来広告指令二条一号には広告の構成要件要素が定義されており、それによれば、広告とは、「不動産、権利および義務をも含めた商品の売れ行きまたはサービスの提供を促進する目的で、商業、産業、手工業または自由業を営む際のあらゆる意思表示」である。意思表示は純粹な価値判断ではなく、客観的に検証可能な事実的核心を含む主張である。

しかし、この場合、誤解招来広告指令に関して、それは単に最低基準を示しているにすぎないため、EU法の保護水準を引き受ける義務は存在しない。それ故、EUと国内との保護水準の相違を是正するため、指令に合致した解釈が問題となるにすぎない。先述したように、ドイツ改正立法者はEU法に合致した新立法を意図していたので



あり、さらに、修正前五条二項（現五条一項）は誤解招来広告指令三条の文言をほとんどそのまま引き継いでいることから、立法者はEU法的な解釈を志向している。

誤解招来広告指令に基づき、広告概念は広く解釈され、その全ての現象形態に及ぶ。それによれば、不特定多数の者に向けられたものであれば個人的会話の中で行われたものであれ、文書や口頭によるものであれ、または明示であれ黙示であれ、広告表示はどのような形でもいい。この誤解招来広告指令の定義によれば、商業、産業、手工業または自由業を営む際に意思表示が行われなければならないため、企業活動との機能的連関が要求される。すなわち、企業家自らが活動する場合だけではなく、彼によって委任された第三者の活動もこの定義に含まれる。また、この要件から、純粹に私的な表示や純粹に公的な表示にすぎないものは構成要件から排除される。さらに、誤解招来広告指令二条一号によれば、意思表示は売上促進のために行われなければならないため、経済的な目的をもった活動が要求される。そのため、商品やサービスの内容を検討している消費者団体や第三者機関等が、内容の検査結果を偽り、それを信じた消費者が商品やサービスの提供を受けたとしても、これら団体等は売上促進を目的としていないため、彼らの検査結果公表行為はそもそも広告とはいえない。

#### (4) 誤解招来

不正競争防止法一六条一項は、修正前五条一項と同様、その行為として「誤解を招く広告をする」と規定している。<sup>③</sup> 旧四条と若干文言は異なっているものの、誤解招来禁止には欺罔の適性で十分としている政府草案理由書や、誤解を招く広告を「何らかの方法で…広告が向けられた者または広告の届いた者を欺くまたは欺くのに適し、かつ、その者に内在する欺罔の結果、その者の経済活動に影響を及ぼしうる…あらゆる広告」と定義している誤解招来広

告指令二条二号から明らかなように、旧法と同様、広告表示は誤解を招く可能性があれば十分としており、消費者に実際に誤解が生じたか否かは重要でない。むしろ、表示が誤解を招くのに適していることで十分である。そのため、一六条一項は、旧四条と同様、抽象的危険犯と理解されている。また、この誤解を招くというのは、表示の客観的語彙や広告者自身の主観によってではなく、広告が向けられている社会生活領域の理解力によって判断される。<sup>33)</sup>

ドイツの法実務は、伝統的に、誤解招来要素の記述的方向性に準拠しているため、誤解招来の危険性の存在を社会的経験的に検討してきた。この考え方にに基づき、旧不正競争防止法四条の誤解招来は、広告名宛人に生じた意味観念と現実との相違によって特徴付けられている。それ故、もっぱら、広告表示によって名宛人がどのように観念したのか、またはこの印象が広告商品と一致していたのか否かが重要である。従って、そのような誤った観念を肯定するのには、実際の社会生活上の理解力、すなわち広告によって呼びかけられた社会生活領域の理解力が決定的となる。なお、ここでいう社会生活領域の理解力とは、広告の対象とされている人物が基準となるため、日用品の場合同様は一般的な公衆、専門品の場合は専門家が基礎とされる。では、社会生活の理解力とは具体的にどの程度の消費者を想定しているのが、次に問題となる。

#### ① 消費者像

九〇年代半ばまでの連邦通常裁判所と一部の学説は、「おざなりな」<sup>34)</sup>、「いい加減な」あるいは「せっかちで批判的でない」平均的消費者像を基礎としていた。その根底には、様々な会社の多量の広告文に注意深く批判的に目を通すほど、消費者は時間も動機もなかったり、とりわけ日用品の場合、公衆に向けられた広告文はしばしば習慣的にさらっと目を通されるだけという経験的事実がある。しかし、この判例の見解に対して、連邦通常裁判所は「軽愚 (Debiüt) と境を接している、未成年の、広く世話を必要とする、無力な、広告による誤解招来の最小の危険に

対してすらも保護されなければならない消費者」<sup>(36)</sup>像を志向しているとか、連邦通常裁判所の消費者像は「知能スペクトル (Intelligenzspektrum) の最底辺にいる哀れな人物」<sup>(37)</sup>であるなど、多くの者が批判してきた。<sup>(38)</sup>このような批判ならびにEU裁判所判決の影響により、連邦通常裁判所はもはやせっかちな平均的消費者という像に固執することはできず、見解の変更を迫られることとなった。

そこで、連邦通常裁判所は、九〇年代半ば以降、EU裁判所判決によって規範的に形成された消費者像へと自らの立場を近付けていくことになった。例えば、一九七一年、連邦通常裁判所は、事実にして「世界で最も売れた電気カミソリ」と宣伝していた事件において、取るに足らないわけではない公衆は、この電気カミソリがドイツにおいて最も売れていたと考えるため、この広告が誤解を招くものであると判断した。<sup>(40)</sup>その二五年後、確かにヨーロッパにおいては最も売れていたが、ドイツにおいては一番ではなかった製品に対して、「ヨーロッパで最も売れた電気カミソリ」という広告を付けて販売したという、先程の事件と類似の事件が発生した。この事件に対して、連邦通常裁判所は、この間に域内市場で始まったヨーロッパ市場の展開およびそれによる社会生活上の理解の変化も取り入れられなければならない、大部分の者はその広告を文字通りとったのではなく誇張されたものとみなしたと述べ、この広告は誤解を招くものではないと判断した。<sup>(41)</sup>そして、一九九九年の「東洋絨毯模様 (Orient-Teppichmuster)」判決で、EU裁判所判例をはっきりと関連付けることも判例変更を告知することもなく、初めてはっきりと、平均的に情報を提供された注意深い理性的な消費者というEU裁判所の消費者像を基礎においた。事案の概要は以下の通りである。

【事案】被告は絨毯を取り扱う小売商を営んでいた。ある日の新聞の折り込み広告として、被告は「中国製絨毯多数あり」と名を打ったパンフレットを頒布した。最初の三頁はもっぱら手編みの絨毯が宣伝されていた。四頁目

には「断然お買い得」という見出しの下もっぱら機械で製造されたペルシャ模様の絨毯が載っていたが、その際、製造方法の違いははっきりと指摘されておらず、イラストの下に小さく印字された説明文の中に指摘されていたにすぎなかった。

原告は、四頁目の広告には機械製であることがはっきりと示されておらず、しかもパンフレットの広告の順番やその形態から、読者に四頁目の絨毯も手製であると誤解させるものであると主張した。

この事案に対して、連邦通常裁判所は、社会生活上の理解を確定するための基準として通りいっぺんの消費者を引き合いに出した原審の見解を退けたうえで、情報を提供された理性的な平均的消費者は騙されないと主張し、不正競争防止法の誤解招来を否定した。<sup>(42)</sup>

しかし、その際、連邦通常裁判所は、平均的消費者に必要な注意深さの程度を一律に決めているのではなく、彼が広告に接した状況に応じて区別している。例えば車や投資のように、商品やサービスの価値や耐用期間が大きければ大きいほど、理性的消費者は一層の注意を広告に注ぐ。逆に、日用品のようにあまり価値の高くない場合や、信頼性のある新聞の広告に目を通しただけのような場合、理性的消費者といえども商品に対しておごりな注意しか向けておらず、これによってこの消費者が被害にあっても連邦通常裁判所は彼を保護しようとする。<sup>(43)</sup>このような方法で、連邦通常裁判所はEU裁判所が採った消費者類型と適合する。連邦通常裁判所は、せっかちな消費者像から完全に決別したわけでも、せっかちな消費者と理性的な消費者というステレオタイプの考え方に依拠しているわけでもない。<sup>(44)</sup>

判例・学説によるこの消費者像に対して、一部の者は、①生活形態の一定の領域で不注意であったりせっかちであったりするものは、全ての者の当然の権利であるため、そこから消費者全体の不利益や一部の者の利益は推論され

ない、②広告業界が広告戦略を展開している現在、消費者が広告の情報量を効果的に処理できるか疑問である、③EU裁判所によって展開された理性的消費者という概念は、競争法ではなく、もっぱら、ヨーロッパ法を基礎としているなどと批判する。<sup>(46)</sup>すなわち、EU裁判所は実体的競争法の基準をなおざりにした代わりに、法の統一や法の調和に専念し、広告者の利益を一方的に考慮し、ヨーロッパ全土にできる限り問題なく実施可能な解決策を探求しただけなのである。しかし、①の批判に対してルースは、連邦通常裁判所は状況に応じた注意深い消費者像を志向しており、せっかちな消費者保護も図っていると反論する。また、②の批判に対しては、消費者が十分な情報をもっていることは機能的広告に対する基本的前提であり、消費者の注意、情報、理性に立てられる要求は、広告に関する消費者の高い情報水準の裏面であり、論理的帰結であると反論する。そして③の批判に対してルースは、確かに、EU裁判所は、統一的域内市場のために、競争法の事例として判決を下したのではなく、商品流通の自由という基準から国内競争法の個々の領域を検討したことを認めている。しかし、EU裁判の消費者像は今日の消費社会の現実を志向しており、今日の批判的な消費者の保護を計算に入れていたため、競争法原則を考慮していると反論する。<sup>(49)</sup>

このように、消費者像が争われている中、二〇〇九年に改正された不正競争防止法は、その三条二項で「平均的消費者」が基準とされるということを明記した。これにより、この問題に関して立法的に解決が図られた。

## ②欺罔定足数および混乱率

ドイツの判例・通説は、構成要件該当の誤解招来適性を確定する基準として、不正競争防止法改正以前から今日に至るまで、上述の質的な評価要素のほかに、量的な要素も要求する。それによれば、ごく少数でも全員でもなく、取るに足らないわけではない数の名宛人が広告によってだまされる危険にさらされなければならない。この論点に

ついで、EU法は最低欺罔率に関する準則を含んでおらず、国内裁判所にその確定を委ねている。一部の者はこの欺罔定足数を否定し、広告文が平均的名宛人を欺罔したか否かによって誤解の適性を判断しようとする。平均的消費者が表示を真実とみなし、それによって欺罔されうる場合、すでにその表示が「誤解を招く」という構成要件に該当するため、あらためて定足数に言及する必要があると考えるのである。また、この見解は、連邦通常裁判所の近年の消費者像にも適合するというのもその根拠とする。しかしこの純粹に規範的なアプローチは、通説側から、構成要件該当不法は集団に錯誤を惹起させるという形で広告名宛人に危険状態を創出することにあるとか、判例の消費者像は規範的要素ばかりでなく事実的要素も示していると批判されている<sup>(54)</sup>。それ故、通説は、広告が取るに足らないわけではない数の消費者に誤った考えを生じさせうるときのみ誤解招来の適性を認め、それが取るに足らない数の場合は旧不正競争防止法四条に該当しないとしていた。また、連邦通常裁判所も、表示が客観的に真実である場合の事件であるが、二〇〇四年に下した判決の中で、呼びかけられた名宛人の一五～二〇％に誤解を生じさせるだけでは不十分と述べ、状況に応じて注意深い理性的平均的消費者へと消費者像を変化させたにもかかわらず混乱率を要求していることから、先に言及した少数説は判例の見解と一致しないことは明らかである。

旧不正競争防止法三条の適用領域において、「取るに足らないわけではない数」に関して、判例は、混乱率は個々の事例状況、とりわけ、製品の種類や表示内容に左右されるため、普遍的に妥当する正確な数値を確定してこなかったが、過去には、一般的には一〇％から一五％の間で混乱率を認め、生命や健康に係る表示のように消費者の保護が特に必要な分野では特に厳格な基準を基礎とし、一〇％以下の混乱率で十分とみなした<sup>(55)</sup>。さらに、連邦通常裁判所は、客観的に真実な広告表示の場合と客観的に不実な広告表示の場合とを区別し、前者から生じる混乱率は後者より基本的に高いことが必要であると述べている<sup>(56)</sup>。そこで、刑法上の錯誤招来要素を解釈する際、旧三条

において展開されたこの解釈基準を参照する見解が主張された<sup>(60)</sup>。しかし、錯誤率を事例ごとに常に新しく決められる変数として把握することは基本法一〇三条二項の明確性の原則に反する批判され<sup>(61)</sup>、全ての者にとって予見可能なように、数的に正確な最低欺罔率を定立することが重要であり、その数値を一〇〇一五％に設定するのが相当であるという見解も主張されている。

### ③ 誤解招来危険の重要性

誤解を招く広告表示が行われた場合、それは同時に広告における真实性を侵害し、競争機能を危険にさらす。それ故、競争上重要な誤解招来は禁止される。法律の文言に直接規定されているわけではないものの、ドイツの判例もこの重要性要件を承認している。当初は、購入の楽しみが影響されたとか、購入希望者が不実の表示によっておびき寄せられたというように、重要性要件を広く解釈していたが、九〇年代半ば以降、判例は、広告表示が消費者に誤解を生じさせるばかりでなく、消費者の購買決定に影響を及ぼしうる場合に初めて、構成要件的誤解招来の危険が存在する<sup>(64)</sup>というように、若干狭く解釈するようになった。広告名宛人が不実の表示に基づいて契約を締結させられたとき、経済的な決定の自由が影響を及ぼされており、ここでも、実際の影響が重要なのではなく、自らの決定において、広告表示に基づいて惹起された誤解によって消費者が商品におびき寄せられることで十分である。そのため、不実の表示によって消費者をおびき寄せた場合、たとえ顧客が契約締結前に適宜真実の説明を受けたとしても、おびき寄せることは誤解を招く広告である。逆にいえば、競争の機能性に対する危険を示さない錯誤は、それが消費者の市場行動に影響を及ぼさないため、この重要性要件によって排除される。また、たとえ消費者に誤解が生じたとしても、広告表示が市場決定にとって全く瑣末な事柄に係しているならば、誤解招来の重要性が欠如する。判例によっても認められたこの重要性要件は、これに関する誤解招来広告指令二条二号と広く一致してい



る。そこでは、広告が人を欺罔しうるものであるばかりでなく、彼の経済的行為に影響を及ぼしうるものと定義づけられている。従って、錯誤に基づいて契約締結が行われうる広告のみが、指令の意味における誤解招来である。それにより、公衆の注意を喚起するにすぎない広告は、たとえその広告が誤解を招くようなものであったとしても、後にその誤解に基づいた契約締結という事態に至らなければ、禁止の対象ではない。もともと、重要性要件は、ドイツ法においては、消費者の購入決定にその基準が見いだされるのに対して、誤解招来広告指令では「欺罔が人の経済的行為に影響を及ぼしうるか、競争者に損害を与えたまたは損害を与えうる」というように択一性で十分としている点で、両者に相違がみられる。もともと、ルースは、広告が競争者に損害を与えうる場合は、通常、広告名宛人の経済活動にも影響を及ぼしうるため、競争者への損害要素に独自の意味はほとんどないと主張する<sup>(65)</sup>。

#### ④ 利益衡量

冒頭でも述べた通り、近年、消費者保護が強く叫ばれている。しかし、不正競争防止法は消費者保護のみを目的としているわけではなく、不正競争からの競争者およびその他の市場関係者の保護と同時に、不正のない競争に関する公衆の利益をも保護している。そのため、各利益間での対立の生じることがあり、それぞれの利益を衡量することで、これを調整する必要がある。その際、誤解招来の重要性、危険性、強さ、影響ばかりでなく、競争者、消費者、その他市場関係者、公衆、広告者各自の利益の重要性が利益衡量に含まれる。判例によれば、例えば、表示を使用し続けることに十分な利益があり、しかも公衆や競争者の利益が事後的に侵害されな<sup>(66)</sup>いときなど、消費者の誤解は保護に値しなくなる。従って、このような場合、広告表示が誤解の危険を招来するようなものであったとしても、それは例外的に甘受されなければならない。当初判例は明文に規定のないこの利益衡量を、広告が正しく表示された場合にのみ行っていたが、後に態度を修正し、連邦通常裁判所は、誤解を招く表示をしていたとしても、利

益衡量に基づき、その表示をこれ以上使用しないというのはあまり釣り合いがとれて (verhältnismäßig) いないと判示<sup>(67)</sup>し、客観的に不実の表示の場合にも利益衡量を行うようになった。加えて、連邦通常裁判所のこの判例は、利益衡量を比例性の原則 (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) の表れとみなすことで、利益衡量の必要性に対する新たな根拠付けアプローチを提供した。

不正競争防止法が比例性原則に従って利益衡量を行う場合、誤解招来広告指令に利益衡量という要素に関する記述がないことに鑑みると、この指令を参考に行っているドイツが独自に利益衡量を行う場合、両者に矛盾が生じるのではないかという懸念が生じる。しかし、EU条約がその五条四項で比例性を指導の原則としていることから、利益衡量に関しても不正競争防止法はEU指令と矛盾しないといえよう。

#### ⑤ 不作為による誤解招来

製品に関する不利益な性質を秘匿しておくことが誤解を招く広告に該当するか否かという点に関して、旧不正競争防止法時代には明文が存在していなかった<sup>(68)</sup>。確かに、広告で全てを包み隠さずさらけ出した場合、広告はその衝撃力や本質を失うであろう<sup>(69)</sup>に、予定された契約が自分にとって有利であることを確認するのは原則として消費者自身の任務である<sup>(69)</sup>ことから、広告表示は基本的に完全なものである必要はない。広告主の正当な利益も考慮されなければならないため、否定的な性質を指摘しなければならぬ<sup>(70)</sup>か否かは、利益衡量によって決められる。しかし、例えば、「お買い得住宅」と広告しておきながら、その住宅を購入するには仲介者たる家具商人のところで家具を新たに購入することが条件となっているのにその旨を表示していなかった場合<sup>(71)</sup>のように、取引にとって本質的な点を秘匿した場合、消費者の購買決定に影響を及ぼしかねず、ひいては消費者保護が十分に図れない。また、旧法時代、明文の規定がなくても、広告の方法として明示的または黙示的に行うことができる<sup>(72)</sup>と解釈されていたため、広

告名宛人の購買に影響を及ぼしうる本質的な事実の秘匿は旧不正競争防止法四条の意味における表示とみなされていた。

これに対して、現行法は、五条 a 第一項（修正前五条二項二文）において、「事実の秘匿が誤解を招くものであるか否かを判断するにあたって、特に、社会生活上の見解により、取引決定にとつての事実の重要性、ならびに、秘匿が決定に影響を及ぼす適性が顧慮されなければならない」と規定し、事実の秘匿が不作為による誤解を招く表示であることを条文化した。この条文には二つの観点が述べられている。社会生活上の見解による決定に対する秘匿事実の重要性と秘匿によるこの決定への影響の適性である。第一の点について、連邦通常裁判所による消費者像の変化から、情報を提供された注意深い理性的平均的消費者が基礎とされる。また、第二の点から、購入決定に影響を及ぼしえない非本質的事実に関しては、通常、説明される必要はない。しかし、この条文にとつて特徴的なことは、上記二つの観点のみが、不作為による誤解招来を決定するわけではないということである。それは、「特に」という文言から明らかである。これら二つの観点以外にも、誤解招来の禁止という保護目的によって補足される限り、その他の事情も重要である。<sup>(73)</sup> また、不作為による誤解招来は、秘匿事実に関して、広告主に説明義務が課せられていることが前提である。この説明義務は、旧法時代と同様、通常の売買契約やあらゆる事実に係している必要はなく、消費者の購入に影響を及ぼしうる事実に関してのみ課されている。しかし、不正競争防止法は、誤解招来を禁止しているが、広告主に説明を命じていない。この点につき、フェツァーは、現行法の立法過程において、消費者の関心ある情報を知らせなかった場合、不正競争行為を認めようと提案したが、不正競争防止法改正草案理由書は、公衆は商品やサービスに関して自分に有利とならない性質の公開をあまり望んでいないと述べ、フェツァーの見解に与せず、判例によって展開されていた基準を条文化した。確かに、企業側があらゆる情報を提供し、消費

者側がこれを取捨選択し、製品を購入することが理想的であるかもしれない。しかし、日々多くの製品が世の中に  
出回っている中、事細かに情報を提供されれば情報過多となり、かえって消費者は混乱し、消費者保護と逆の事態  
に陥りかねない。重要となる情報、すなわち、消費者の購入に影響を及ぼしうる本質的情報についてのみ、販売者  
側に説明義務ならびに情報提供義務を課するのが適切であろう。もともと、このような義務から自動的に刑法上の保  
障人的義務が生じるかは異なる問題である。ドイツの立法者もEUの立法者も、情報提供義務から保障人的義務を  
根拠づけ、一六条一項の射程を著しく拡張するつもりはない。

#### (四) 公の告知またはより多くの人的範囲に対する通知

旧不正競争防止法と同様、新法も、「公の告知またはより多くの人的範囲に対する通知」というように、広告の  
名宛人の範囲を明記している。この要素の背後には、広告はその性質上国民の信頼を著しく動揺させることができ  
る場合のみ、刑事非難は正当化されるという考慮がある。ここで、「公の告知」とは、不特定多数の者、すなわ  
ち全ての者を対象とする文書または口頭による通知である。この者が実際にこの通知を認識する必要はなく、その  
可能性があれば十分である。新聞、雑誌、テレビ等、通知方法は問わない。一方、「より多くの人的範囲に対する  
通知」は、広く公衆一般にではなく、例えば価格表やメニューのように、数と人格において一部であるが、あらか  
じめ範囲がはっきりと定められていない不特定多数の公衆に向けられる場合を指す。公の告知の場合と同様、広告  
の受け手がこの告知を認識する必要はない。また、特定少数の者に対する通知であつても、セールスマンのように、  
結果として多くの者に同じ内容のことを告げる場合、構成要件該当性が認められる。<sup>(16)</sup>

## (五)事例の検討

以上の説明をもとに、冒頭で挙げた事案を検討する。まず、「おいしくてボリュームたっぷりの昼食」と表示していたにもかかわらず実際に提供されたのはエンドウ豆の缶詰スープであった点に関して、連邦通常裁判所は、「当然、故意に不実で、誤解を招くに適した表示」と判示したライヒスゲリヒトに言及するだけで、何ら詳細な根拠付けを行っていない。しかし、客観的な観点から不実性を判断した場合、実際には粗末ながらも食事が提供されているため、事実の点では不実の表示とはいえないであろう。「おいしくてボリュームたっぷり」か否かは主観的な問題だからである。確かに、「おいしくてボリュームたっぷり」というのは開かれた概念であり、解釈が必要である。従って、このように解釈を必要とする表示の場合、事実的な点での不実性とは異なる判断基準を用いるべきである。私見によれば、この概念を評価する者として、「情報を提供された注意深い理性的消費者」による判断が必要となる。この概念は、通常、温かい食事とか調理された食事と理解されるのであり、この概念をいかに拡大しても、先の消費者の観点からも缶詰は観念されない。従って、この表示は不実の表示と判断することができる。

これに対して、「商品引換券」という表示は不実といえよう。確かに、被告人は、旅行参加者に五〇〇マルクの旅行証券を引き渡した。しかし、この証券は、被告人の会社で外国旅行を予約した場合にのみ現金化される。「商品引換券」という概念は、その所有者が新たな料金を加算されることなく商品やサービスを要求できる証券をいう。従って、サービスを享受するために参加者にさらなる財政的負担を強いるこの表示は不実といえよう。また、「抽選でトップ賞当選」という表示も、実際に抽選が行われなかった以上、不実の表示である。この点に関して、ケムプフ・シリングは、不実の表示は顧客が獲得しようとした商品やサービスに関係していなければならないにもかかわらず、本事案の場合、商品引換券の約束という広告「手段」と関係しており、刑事責任の懸念すべき拡張が確認

されると批判する<sup>(77)</sup>。しかし、その一方で、ケムプフ・シリングは、「おいしくてポリウムたつぷりの昼食」という表示にもかかわらず実際に提供されたのは缶詰であつた場合を不正競争防止法一六条における古典的状況と述べており、商品引換券の場合と区別しようとする。しかし、「おいしくてポリウムたつぷりの昼食」という表示も、顧客獲得のための「手段」である。両者を区別する意味がどこにあるのか明らかではない。

また、これら一連の不実の表示によつて誤解が招かれなければならないが、それは現在の不正競争防止法上の消費者像である理性的消費者によつて判断されなければならない。本事案では、広告を呼びかけられた者のうち、少なからぬ者が欺罔され、バスツアーに参加していることから、先の広告は誤解を招くものといえよう。

さらに、被告人は、ダイレクトメールを一回のツアーにつき最低でも一五〇〇通発送している点で、「多くの人的範囲」に対して告知している。また、ツアー参加者は、商品や食事を重要な要素とみなしてバス旅行に参加したのであり、表示を特に有利と評価していたことから、最初からその気がないにもかかわらず、販売活動を促進するためにツアー参加者にのみ賞品を引き渡すと偽装表示している点で、「特に有利な申し出のような印象を生じさせる意図<sup>(78)</sup>」が認められる。従つて、価格相当のバスツアーであつたとしても、本件被告人の行為は不正競争防止法における可罰的広告に該当するものといえよう。

#### (六) 不公平取引慣行指令

EUの理事会および委員会による立法には、規則、指令、命令、決定、勧告の五種類が存在する。その内、指令は、基本的に、加盟国を名宛人とし、これらの国家によつて国内法化されて初めて効力を有する。従つて、誤解招来広告指令は規範適用者に対して直接的には適用されない。また、誤解招来広告指令は最低基準を提示しているだ

けであり、加盟国内の消費者保護や自由な商品流通を保障する国内規範の制定は、各国の立法者に委ねられている。その一方、国内法に対するEU法の優位の原則から、指令が国内法化される以前であっても、各国の裁判所は必然的に指令に合致した解釈を行わざるをえない。<sup>(79)</sup> そのため、指令の定義は実質的に拘束力を有しているといえるが、それは指令に合致した解釈の結果である。

しかし、従来、競争法の分野では、EU加盟国間で法の調和が部分的に図られてきたにすぎなかったため、国家によって法規定が異なる場合、国境を越えた商取引の困難さが解消されたわけではなかった。不公正な取引慣行に對してどの国の規定が適用されるか不確実だからである。とはいえ、広く競争法の分野において加盟国の法を統一しようとする重要な一歩ではあった。しかし、誤解招来広告指令の考慮事由 (Bewägungsgründe) において、誤解招来広告に対する保護に関する各加盟国の規定を統一することは「第一段階」であると述べているように、その効果は全体としてそれほど大きいものではなかった。そこでこのような事態を解消するため、包括的で統一性のある法の枠組みを創設することが意図され、二〇〇五年に「企業と消費者間の域内市場取引における不公正な取引慣行に関する、および、理事会指令八四／四五〇／EWG、欧州議会および理事会指令九七／七／EG、九八／二七／EG、二〇〇二／六五／EG、ならびに、欧州議会および理事会規則 (EG) Nr. 二〇〇六／二〇〇四の修正についての二〇〇五年五月一日の欧州議会および理事会指令二〇〇五／二九／EG」(以下、不公正取引慣行指令) が可決された。その結果、EU法において不公正な取引慣行に関する他の特別規定が存在しない限りという制限はあるものの、そこに記された誤解招来からの保護は、各加盟国の国内保護水準を拘束することとなった。従って、不公正な取引慣行から消費者を保護する限りで、国内規定は不公正取引慣行指令の基準を上回っても下回ってもなくなり、誤解招来広告指令のように最低基準を提示しているだけという立場から決別した。これにより、企業が



国境を越え、域内市場で自由に活動する際にかかる市場参入コストを削減することができると同時に、消費者の権利を確実なものにし、域内市場への彼らの信頼を強化することができることとなった。

この不正取引慣行指令の目的は、「消費者の経済的利益を侵害する不正な取引慣行に関する加盟国間の法規定および行政規定を統一することによって、域内市場の円滑な機能化と高い消費者水準の実現に寄与すること」(一条)である。この規定から明らかなように、競争者や公衆保護ではなく、消費者の保護を直接の目的とする<sup>(83)</sup>。また、三条一項から、不正な取引慣行は、取引締結の時点を問わず、企業家と消費者との取引活動(いわゆるB2C [Business to Consumer-Transaktionen])に限定される。従って、主に企業家の経済的利益を侵害したり、企業家間の活動に関係するような取引行為は不正取引慣行指令ではなく、企業家の保護は依然として各国の国内法および誤解招来広告指令によって保障される<sup>(84)</sup>。それ故、規範の名宛人は、自然人であれ法人であれ、業務として取引活動を行っている企業家である。そして、五条に不正取引慣行指令の中心規範が規定されている。第一項は一般条項として不正な取引慣行を一般的に禁止し、二項は、業務上の注意要件に反し、かつ、平均的消费者の経済的行為に本質的に影響を及ぼすか及ぼしうる取引慣行を不正とみなしている。不正判断を根拠づけるため、両要素は常に重畳して存在しなければならない。また、四項aは特に誤解を招く取引慣行を禁止し、その要件を具体化するものとして六条で誤解を招く作為、七条で誤解を招く不作為を挙げている。さらに、六条と七条を具体化する形で、補遺Iが設けられ、そこに誤解を招く取引慣行の具体的な構成要件が列挙されている。従って、補遺Iに該当しない誤解を招く取引慣行は六条や七条に該当し、それにも該当しない場合は五条が捕捉することになる<sup>(85)</sup>。

#### (1) 誤解を招く作為

六条一項によれば、取引慣行は、①誤った表示を含む、すなわち不実であるか、正当な表示を含めて何らかの方法で、一項a号からg号までに挙げられた一つ以上の点に関して平均的消费者を欺罔したか欺罔に適したとき、かつ、②本来なら下さなかったであろう取引決定を彼に実際にまたはおそらくさせたであろうとき、誤解を招くものとみなされる。

①の点において、客観的に不実の表示を含む取引慣行と、平均的消费者を欺罔したか欺罔しえた取引慣行とを区別する。単なる欺罔の適性でも十分であるため、消費者が実際に欺罔されたか否かは重要でない。両取引慣行が区別されていることから、表示が客観的に不実である場合、欺罔の適性は問題とならない。むしろ、表示が正しいか、多義的であるとき、欺罔適性が平均的消费者の観点から検討される。また、この第一の構成要件要素の中には、処分可能性やリスクのような商品やサービスの本質的要素等、欺罔の対象となるものがa号からg号まで列挙されている。誤解招来広告指令三条が、「特に」a号からc号に関する表示と記述していることとの対比上、このような文言のない公正取引慣行指令六条一項各号は完結した性質のものである。もちろん、欺罔の対象となる事情を全て網羅することは不可能である。本指令を受けて改正された不正競争防止法五条一項が、修正前と比べて、「リスク」「付属品」「苦情手続」等の要件を新たに追加していることからそれは明らかである。現時点では予測できない事情に関する欺罔表示が将来登場することは否定できない。公正取引慣行六条一項b（不正競争防止法五条一項一号も同様）は、「処分可能性…『のような』商品やサービスの本質的要素」と記述されており、条文中に具体的に明記された事情のみが欺罔の対象というわけではない。個々の事情ではなく、「本質的要素」に関する欺罔が重要である。確かに、六条一項はg号で完結しているが、各号を解釈することで、法の不備を補うことができる。

②の点においては、取引慣行が平均的消费者に、本来なら下さなかったであろう決定を実際に下したかまたは下

したかもしれないか否かが問われる。この要件は、消費者行為に対する取引慣行の重要性要件を書き換えたものである<sup>(86)</sup>、第一の構成要件要素において言及した二つの取引慣行に適用される。また、消費者が実際に決定を下した場合ばかりでなく、誤解を招く表示によつて消費者が惹きつけられる危険性があれば、重要性を肯定することができる。

六条二項は、作為による誤解招来のその他の特別な場合を規定する。a号は、例えば、他社の商品名と混同させるようなあらゆる種類の製品供給を誤解を招くものとする。b号は、生業を営む者が行動基準の範囲内で負った義務の不遵守を誤解を招くものとする。それぞれ、前者は不正競争防止法五条二項、後者は同条一項六号に相当する。

## (2) 誤解を招く不作為

不公正な取引慣行は、作為による場合だけでなく、不作為によつても行われうる。七条一項は、平均的消费者が取引決定を下すために必要な本質的情報を知らされず、かつ、それにより彼が本来なら下さなかつたであろう決定を下した、または下したかもしれない取引慣行を誤解を招くものとする。その際、取引慣行のために用いられたコミュニケーション媒体が場所的・時間的に制約されるならば、その制約は、情報が知らされなかつたか否かの決定に際して考慮される(七条三項)。七条二項は、生業を営む者が①本質的情報を秘密にする、または、不明確、理解できない、二通りに解釈できる方法で用意する、もしくは、適宜用意しなかつたとき、②諸事情から取引慣行の商業的目的が明らかでない場合、それをはっきりさせなかつたときも誤解を招く不作為とみなされる。そして①②の場合とも、これにより平均的消费者が、本来なら下さなかつたであろう決定を下した、または、下したかもしれないことが必要である。また、七条四項は、購入勧誘が行われる場合にどのような情報が本質的であることを明示し、五項はE.U法において確立されている情報要件も本質的であると規定する。

不正競争防止法と比較した場合、同法五条 a 一項は不正取引慣行指令七条一項二項、同法二項は同指令三項に相当するが、同法の同条文は、同指令の同条文よりも簡潔にまとめられており、一般人にとって理解しやすい文言へと国内法化されているといえる。

### (3) 補遺 I

ここには、不正取引慣行指令五条五項を受けて、いかなる場合にも不正とみなされる三一の具体的な取引慣行（いわゆる「ブラックリスト」<sup>(87)</sup>）が挙げられており、その内の一号から二三号までが誤解を招く取引慣行と関係する。補遺 I においては、列挙された取引慣行に単に該当するだけで不正性が判断され、「五条から九条までの規定をもとにして個別事例を判断することなく不正とみなすことができる取引慣行が問題である」<sup>(88)</sup>ため、六条および七条の欺罔要件の存在や平均的消費者の決定への影響が証明される必要はない<sup>(89)</sup>。従って、補遺 I の構成要件は「一定の行為態様に対するそれ自体の禁止」とも呼ばれ、消費者の経済行為に本質的に影響を及ぼしうるか否かを検討する必要はない。

もともと、不正取引慣行指令自体が、加盟国間の法の統一を目的としているため、補遺 I も不正な取引慣行に関する加盟国間の異なる評価をなくし、それにより法の安定性を高めるとともに、生業を営む者にも消費者にもどのような行為が不正とみなされるかを示しており、法の明確性にも役立つ。しかし、補遺 I の機能はそれだけではない。例えばイギリスのように、伝統的に一般条項をもたない国は、法の中にそのような条項を取り入れることに対して不慣れであるため、一般規定を具体化する個別構成要件の規範化を行ったのである。いうなれば、政治的コンセンサスを容易にすることが目的の一つである<sup>(90)</sup>。

不正競争防止法は、不正取引慣行指令を受けて一部改正されたものの、この補遺Ⅰに関しては、そのままの形で導入しなかった。例えば、補遺Ⅰ一四号のねずみ講の禁止は不正競争防止法一六条二項に、補遺Ⅰ一三号の産地偽装が同法五条や四条九号に相当するように、補遺Ⅰの個々の事例は文体を変えた形ですでに不正競争防止法に反映されているからである。<sup>⑨</sup>

#### (4) 不正取引慣行指令と誤解招来広告指令との相違

このように、不正取引慣行指令は加盟国に指令からの逸脱を認めず、加盟国間に存在する異なる一般条項や法原則を不正取引慣行指令の一般条項と取り換えることで、法の完全な調和を達成し、域内市場に対する障害を除去しようとする。法の調和を図ることで、競争分野において刑法上許された危険が統一的に確定され、高い法的安定性が創出されるという利点が生まれる。

しかし、不正取引慣行指令一九条は二〇〇七年一月二二日までにこの指令を国内法化することを定め、それによって域内における公正法の完全調和を図ろうとするが、それはドイツ立法者に不正競争法の改正、とりわけ概念や内容の改正を強いるか否か、どの程度強いるかという問題が生じることとなった。まず、二〇〇四年に成立した不正競争防止法は競争行為を前提としていたのに対して、不正取引慣行指令は取引慣行を要素とし、製品の売り上げとの直接の関係を要求しているため、不正取引慣行指令の方が、その適応範囲が本質的に狭かった。しかし、不正取引慣行指令の国内法化に伴い、不正競争防止法三条は不正競争の禁止から不正な取引行為の禁止へとその文言を変え、同時に、それに関する二条一項一号の定義から、売上促進の点も加味されることとなった。その結果、不正取引慣行指令と不正競争防止法との間の適応領域間に相違はなくなった。また、誤解を招く行為

に關しても、不正取引慣行指令六条および七条は誤解を招く取引慣行を列挙して禁止し、五条五項を受けた補遺 I でいかなる場合にも不正とみなされる一定の行為態様を列挙しているのに対して、不正競争防止法五条および五条 a は、不正取引慣行指令補遺 I のような、いかなる場合にも不正とみなされる状況を示していないが、誤解を招く取引行為とは、どのような事情に関する表示の欺罔かを列挙しており、内容の点において相違はない。しかしその一方、不正取引慣行指令と不正競争防止法との間に依然として相違もみられる。例えば、保護目的に關してである。不正取引慣行指令は消費者保護のみを目的としているのに対して、不正競争防止法は消費者ばかりでなく、競争者や市場関係者、公衆の保護も目的としている。しかし、指令は加盟国に一定の取引慣行の禁止を義務付けているものの、この義務を B 2 C 方法で遵守するか、B 2 B (Business to Business) と B 2 C を併用した形で遵守するかを各加盟国の立法者に委ねている。先述したように、企業間の公正競争に関する規定は、依然として各加盟国の国内法に委ねられているため、不正取引慣行指令を国内法化しても競争者等の保護がないがしろにされるわけではない。事実、この指令を受けて改正された不正競争防止法一条には、修正前一条と同様、競争者等の保護も謳われている。

従って、不正取引慣行指令と不正競争防止法とは一部相違点はあるものの、本質的には一致するものであるといえよう。しかし、この問題にはこれ以上立ち入らない。というのは、不正取引慣行指令は各加盟国に指令の国内法化を義務付けているものの、処罰に關しては各加盟国に委ねているからである（二三条）。それ故、不正取引慣行指令によって禁止されている不正な取引慣行が国内法上処罰されないということもありうる。刑罰権はその国の主権や刑法体系ばかりでなく、その国の法の伝統や文化的アイデンティティーとも密接に關係しているため、この分野での統一化は図れないからである。<sup>42)</sup> EU は各加盟国に刑罰規範の創設を義務付けることができるにす

ぎず、独自に刑事立法を行う権限はない。

### Ⅲ. おわりに

第二次世界大戦中、国家統制経済のもと、ドイツや日本では自由な経済活動は制限されていた。しかし戦後、自由主義経済の発達に伴い、経済活動がますます活発に行われるようになった。企業は自社製品を販売する際、新聞・テレビ広告によって大々的に宣伝を行い、消費者の購買意欲を掻き立ててきた。しかし、ときとして、売り上げを伸ばしたいがため、不当表示や誇大広告を行い、消費者の判断を惑わせてきたこともまれではなかった。競争の公正性が保たれなければ、公正に活動している競争者を侵害することになり、ひいてはそれによって消費者が多大な被害を被ることになる。そのためわが国では、独占禁止法や景品表示法、JAS法等の各種業法によってこれを取り締まってきた。

ドイツにおいては、すでに一九〇九年に不正競争防止法が制定されたものの、立法当初は産業界の保護を目的とするものであった。しかし、判例および学説においては、産業界ばかりでなく、消費者をも保護の対象に含めて本法を展開していた。その後、二〇〇四年にドイツ不正競争防止法が改正され、消費者保護が明文で謳われることとなり、競争の公正性が一層重要視されることとなった。この自由競争の公正性重視という考えは刑法にも影響を及ぼし、一九九七年の刑法改正に際して、「競争に対する罪」が新たな章として導入された。二九八条（入札談合罪）が制度としての競争を、二九九条（取引行為における汚職の罪）が競争の公正性を保護しようとする点で相違はあるものの、これにより、競争の保護は国家の重要な任務であることが明らかとなり、生命、身体、自由、財産のような伝統的法益を保護するばかりでなく、自由競争という超個人的な法益も刑法が保護する対象と考えられるよう



になったのである。

本稿は、こうした競争の公正性、ひいては消費者保護を侵害する場合を、ドイツ不正競争防止法に関して事例を交えながら検討してきた。ここで展開してきた私見を一言でまとめるならば、「消費者の購入決定にとって本質的で、客観的眞実に反した広告を行うことによって、情報を提供された注意深い理性的平均的消費者に誤解を生じさせた者」が、不正競争防止法一六条一項に該当すると考えるべきである。

しかし、現在この問題はドイツ国内だけのものとどまらない。EU加盟国間での評価の相違によって、ある国では許されていた行為が、他のEU諸国では禁止されているというのでは、人々は何を基準に行動すればいいか不明確となり、域内での自由な商品流通は阻害されてしまう。そのため、ヨーロッパ統合への動きは、統一経済圏の創設という経済の分野だけではなく、法律の分野にも及んでいる。EUは規則・指令・決定という法的拘束力のある法形態をもつが、競争法の分野においては指令が中心的役割を果たし、中でも誤解招来広告指令によって本格的に法の統一に着手した。しかしこの指令はあくまで最低基準を定めているだけであつたため、依然、加盟国間の不均衡は解消されなかつた。その後もEUは各種の指令を公布してきたが、それらは食品や医薬品など特定分野においてのみ妥当するものであつた。そのような状況が続いた後、企業と消費者との取引活動に限定されているとはいえ、競争法全般にわたる法の完全統一を目指すべく、公正取引慣行指令が公布され、加盟国は二〇〇七年六月一二日までにこの指令を国内法化するとともに、この指令の基準を上回っても下回ってもならないこととされた。

このように、EU間で法が統一されていれば、国境を越えて活動する企業にとって、どのような行為が禁止されるか予見可能となるため、罪刑法定主義の見地からも望ましい。また、公正な競争が行われれば、安価で良質な製品が供給されることとなり、必然的にそれは消費者の利益にもなる。しかし、企業と一般消費者との情報格差が大

きい現代において、市場経済メカニズムに任せていただけでは十分な消費者保護は図れない。そのため、この格差を埋めるべく、国家が積極的に介入する必要性は高いといえよう。法律による悪質業者の規制や欠陥の証明を消費者ではなく企業に負わせる法律（PL法）の制定など、国家の果たす役割はますます高まっている。もつとも、我々の社会は自由主義経済を標榜する以上、消費者側も自ら情報を入手するなど、自分を高め、賢くならなければならない。その意味で、以前のドイツの裁判所が採用していた、「愚かな消費者」ではなく、「EU裁判所が主張していた「情報を提供された理性的消費者」というのが、消費者像としては妥当であろう。消費者は単なる保護の客体から、積極的な経済活動主体へと変貌を遂げる必要がある。もちろん、企業側が必要な情報を開示することがその前提である。さもなければ、消費者は適切な判断を下すことはできないであろう。賢くなれというように、消費者側にだけ高い要求がなされるのは不均衡である。確かに、不正取引慣行指令ならびに不正競争防止法は、企業に情報提供義務を課していない。しかし、不正競争防止法は、消費者の購入決定に影響を及ぼす重要な事実を開示しなかった場合を、不作為による誤解招来として禁止していることに鑑みると、必要な情報を提供することは公正な競争の前提である。消費者の商品購入にとって重要な情報は積極的に開示されるべきである。自由市場経済社会においては、社会の発展はもちろん、個人の人格の発展も考慮されなければならない。

また、企業側には、情報開示以外にも、不公正な取引を行わないように従業員を教育したり、検査監督するシステムを構築するなどして、社会的責任を果たすことが求められる。ここ数年のわが国の様子をみてみると、不当表示を行った企業は大幅な減収となったり、事業を縮小したり、中にはその事業から撤退を余儀なくされたところもある。目先の利益を追求するだけでは、かえって大きな損失を被ることになる。

さらには、国家の側にも、先述のような法律によって規制するだけでなく、消費者を啓蒙することも重要であ

ろう。啓蒙の重要性を示す一例として、わが国におけるシートベルト着用義務がある。一九八〇年代半ば、道路交通法が改正され、運転席と助手席のシートベルト着用が義務化された。罰則付きということも一つの理由ではあるが、シートベルト未着用の危険性を国民に繰り返し示すことで、平成二〇年には着用率が九一・三％に達した<sup>(94)</sup>。法律制定や罰則強化のみではなく、国民の意識を高め、敏感にすることがドライバーの死傷者数減少に大きく作用したのである。経済違反においても同様のことが妥当するであろう。経済政策や経済法によって事態を抑制するばかりでなく、国民の意識を高め、厳しい目をもった消費者へと育てることが、不正競争の防止やより一層の消費者保護へとつながるであろう。

- (1) 拙稿「不当表示の規制——刑法的視点も加味して——」奈良法学会雑誌二〇卷三・四号一七三頁以下、同「欠陥商品・不当表示をめぐる犯罪」(神山敏雄・斉藤豊治・浅田和茂・松宮孝明編著)『新経済刑法入門』(二〇〇八年)二六五頁以下。
- (2) BGH NJW 2002, 3415.
- (3) *Achenbach*, Strafrechtlicher Schutz des Wettbewerbs?, 2009, S.23.
- (4) 刑罰規範は競争法的誤解招来禁止の「補足」(*Dreyer*, in: *Harte-Bavendamm / Henning-Bodewig*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb [UWG], Kommentar, 2004, § 16 Rn.3; *Lettl*, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung in Europa, 2004, S.345) と表示される。
- (5) 正式名称は「欧州連合条約および欧州共同体設立条約を改定するリスボン条約」(Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community) である。その名称が示す通り、この条約はEUの諸条約を改定するための条約であり、二〇〇九年十二月一日に発効した。なお、リスボン条約に関して、鷲江義勝編著『リスボン条約による欧州統合の新展開』(二〇〇九年)、小林勝訳『リスボン条約』(二〇〇九年)参照。
- (6) 法改正以前には、競争ならびに制度としての経済秩序のみが保護されるという見解も存在した。*Gribkovsky*, Strabare Werbung (§ 4 UWG), 1989, S.36ff. *Otto*, in: *Großkommentar UWG*, 1992, § 4 Rn. 3, 4, 44, 45 の点を指摘するものもある。

例<sup>265</sup> *Grebing*, Strafrecht und unlauterer Wettbewerb – zur Reform des § 4 UWG, wistra 1982, 83; *Fezzer*, Allgemeine Einführung in das Recht gegen unlauteren Wettbewerb, in: Amann (Hrsg.), Rechtsfragen in Wettbewerb und Werbung, 1983, Kapitel 3, Rn. 91ff. 参照<sup>266</sup>。

(7) *Sosnitzka*, in: Piper / Ohly / Sosnitzka, UWG, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 5. Aufl., 2009, § 16 Rn. 6.

(8) *Witzl*, Der strafrechtliche Täuschungsschutz gegen irreführende Werbung, 2002, S.98; *Lettl*, aa.O. (Fn.4), S.169, 172; *Tiller*, Gewährleistung und Irreführung, 2005, S.16; *Rubs*, Strafbare Werbung, 2006, S.185; *Sosnitzka*, in: Piper / Ohly / Sosnitzka, UWG, § 5, Rn.87. *Bornkamm*, in: Köhler / Bornkamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 28. Aufl., 2010, § 16 Rn. 8.

(9) 不正競争防止法旧四条：「特に有利な申し出のやゝな印象を生じせしめる意図で、公の広告または多くの人的範囲に対する告知におつて、業務關係に關して…、故意に不實のかつ誤解を招くやゝな表示をした者は…」。

(10) *Alexander*, Die strafbare Werbung in der UWG-Reform, WRP 2004, 414, 416.

(11) *Gribkowsky*, aa.O. (Fn.6), S.98; *Hörle*, Neues Werberecht durch UWG-Novelle, AfP 1972, 217; *Albrecht*, Zusätzliche Straftat und Bußgeldtatbestände im Werberecht?, WRP 1974, 658; *Witzls*, Überlegungen zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität mit gesetzgeberischen Mitteln, WRP 1975, 284; *Klug*, Zur Strafbarkeit irreführender Werbeanzeigen - Schluß, GRUR 1975, 296; 林幹人「刑法の現代的課題」(一九九一年)一七〇頁、同「詐欺罪の現状」判タ一二七二号六五頁。

(12) 例えは、一九七二年草案 (BT-Drs. VI/3250, Art.124 S.470f.) と一七〇〇三年報告者草案 (GRUR 2003, 298ff.) を參照<sup>267</sup>。

(13) *Witzl*, aa.O. (Fn.8), S.108f.; *Hörle*, AfP 1972, 216; *Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht*, Eingabe betr. Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Straßengesetzbuch (EGStGB) (BT-Drucks. 7/550), GRUR 1974, 653; *Albrecht*, WRP 1974, 657; *ders.*, Zur geplanten Reform des § 4 UWG, WRP 1976, 279; *Tiedemann*, Nebenstrafrecht einschließlich Ordnungswidrigkeitenrecht, ZStW 86 (1974), 1023f.; *Klug*, Zur Strafbarkeit irreführender Werbeanzeigen Teil I, GRUR 1975, 218ff.; *Schrickner*, Möglichkeiten zur Verbesserung des Schutzes der Verbraucher und des funktionsfähigen Wettbewerbs im Recht des unlauteren Wettbewerbs, ZHR 139 (1975), 228; *ders.*, Rechtsvergleichende Bemerkungen zum strafrechtlichen Schutz gegen unlauteren Wettbewerb, GRUR Int. 1975,

42. *Zentralausschuss der Werbewirtschaft (ZAW)*, Stellungnahme zum Entwurf einer UWG-Novelle, WRP 1978, 256.
- (14) *Klug*, GRUR 1975, 222.
- (15) BGHSt 2, 139.
- (16) *Tiedemann*, Wettbewerb und Strafrecht 1976, S.35; *ders.*, Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität Bd. II, 1976, S.35; *Lampe*, Strafrechtlicher Schutz gegen irreführende Werbung (§ 4 UWG), FS-Lange, 1976, S.461; *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 22. Aufl., 2001, § 4 Rn.8; *Alt*, UWG-Novelle und künftige Werbepaxis, NJW 1987, 27; *Otto*, Die Reform des strafrechtlichen Schutzes gegen irreführende Werbung, GRUR 1982, 280; *Schaefer*, Vertragslösung wegen irreführender Werbung, ZIP 1987, 557.
- (17) そのため、この見解によれば、不実性要件には独自の意味がなっていない。その他、通説は、不正競争防止法旧四条の「不実の」と一九六九年改正以前の旧三条の「不当の」は同義であると解釈し、「不当の」と一九六九年改正後の旧三条の「誤解を招く」は、文言上の修正されたものの、判例・通説は同義だと解釈した。よって、「不実の」と「誤解を招く」は同義である、というの議論は「いふまでもない」例外的に *Lampe*, aa.O. (Fn.16), S.460f.; *Otto*, Die strafrechtliche Bekämpfung unseriöser Geschäftstätigkeit, 1990, S.106; *ders.*, in: Großkommentar UWG, § 4 Rn.27; *Gamm*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 3. Aufl., 1993, § 3 Rn.12, § 4 Rn.2; *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, § 3 Rn.21, § 4 Rn.8.
- (18) *Alexander*, WRP 2004, 414f.
- (19) *Grikowsky*, aa.O. (Fn.6), S.48f.; *Pfeiffer*, Strafbare Werbung (§ 4 UWG), in: FS-Lieberknecht, 1997, S.210; *Hernández*, Strafrechtlicher Vermögensschutz vor irreführender Werbung - § 4 UWG, 1999, S.182; *Nilf*, aa.O. (Fn.8), S.113; *Ruhs*, aa.O. (Fn.8), S.61f., 191f.; *Dreyer*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 16 Rn.5; *Diemer*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Bd.IV, 2009, U43 § 16 Rn.16; *Sosnitzka*, in: Piper/Ohly/Sosnitzka, UWG, § 16 Rn.9; *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm, § 16 Rn.11; *Klug*, GRUR 1975, 219; *Leitzl*, Das neue UWG, 2004, S.318; *Többers*, Die Straftaten nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (§ 3-19 UWG), WRP 2005, 553; *Ruhs*, aa.O. (Fn.8), S.61; *Kempf/Schilling*, Nepper, Schlepper, Bautenfinger – zum Tatbestand strafbarer Werbung (§ 16 Abs.1 UWG), wistra

2007, 43. なお、レンギアは、基本的に本説を支持しながら、理性的平均的消費者の観点も加味する、いわば折衷説を主張している (Rengier, in: Fezer, UWG, Lauterkeitsrecht, 2005, § 16 Rn.63, 65)。

- (20) 例として Schönke / Schröder / Lenckner / Perron, StGB, 27. Aufl. 2006, § 264 Rn.44; Fischer, StGB, 56. Aufl. 2009, § 264 Rn.23 参照。

- (21) Ruhs, aa.O. (Fn.8), S.191. 同様に Alexander, WRP 2004, 414; Kempf / Schilling, wistra 2007, 43.

- (22) Ruhs, aa.O. (Fn.8), S.84. これに対して、不実性は客観的に処罰を根拠づける機能を有する (S.84)。

- (23) 現五条にこのような参照指示はなく、しかも、「誤解を招く取引行為」とその文言も修正されている。不正競争防止法を不正取引慣行指令とで定める限り接近させるため、文言も指令に合わせた結果である (BT-Drs. 345/08 [Beschluss], S.1)。

- (24) 不正競争防止法修正前五条：「(1) 誤解を招く広告をした者は、三条の意味における不正に行爲した者である。

(2) 広告が誤解を招くものであるか否かの問題を判断するにあたり、その全ての構成要素、とりわけそこに含まれている  
1. 商品またはサービスの特徴、ならびに、処分可能性、性質、型、成分、製造または調達の過程または時点、目的有効性、使用可能性、量、品質、地理的または営業的出所、使用によって予期されうる結果、または商品またはサービスの検査の結果および本質的要素

2. 販売のきっかけおよび価格または予期される方法、および商品が供給されまたはサービスが提供される条件

3. 業務関係、とりわけ広告者の性質、資格および権利、ならびに、彼の身元および財産、著作権、技能または彼の賞および表彰

に関する表示が考慮されなければならない。

事実の秘匿が誤解を招くか否かを判断するにあたって、特に、社会生活上の理解力により、取引決定にとつての事実の重要性、ならびに、秘匿が決定に影響を及ぼす適性が考慮されなければならない。

(3) 第二項の意味における表示は、比較広告の範囲での表示、具象的描写、および、そのような表示に代わることを目的とし、それに適したその他の行いでもある。

(4) 引下げ価格がごく短期間だった場合、その価格引下げ広告が誤解を招くものであることが推測される。その価格であったか否かおよびどの程度の期間そうであったのかが争われる場合、立証責任は価格引下げ広告を行った者が負う。

- (5) 商品の性質ならびに広告の様式および伝播から考えて、予想されうる需要を満足させるのに相応な量を用意していない商品の広告を行うことは誤解を招くものである。通常、二日間の在庫で相応といえる。ただし、経営者が、在庫が少ないことを正当化する理由を証明したときは別である。第一文は、サービスの広告に対しても準用される」。
- (25) BT-Drs. 15/1487, S.26.
- (26) 不正競争防止法修正前三条：「競争者、消費者または市場関係者の不利益となるよう、取るに足らないというほどではない程度に競争を侵害するのに適した不正競争は、許されない」。
- (27) *Rengier*, in: *Feyer, UWG*, § 16 Rn.11, 76; *Alexander*, WRP 2004, 413.
- (28) *Dreyer*, in: *Harte-Baundamm / Hennig-Bodewig, UWG* § 16 Rn.9; *Lettl*, aa.O. (Fn.19) S.318; *Ruhs*, aa.O. (Fn.8), S.151; *Ebert-Weidenfeller*, in: *Achenbach / Ransiek, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 2008, S.130, 133.
- (29) *Ruhs*, aa.O. (Fn.8), S.152. もともと、ルースは、一六条一項の目的論的解釈から同条項の適用範囲をただちに制限することとは相当な方法ではなく、他に方法がない場合だけ用いるべきであるとも主張する (S.152f.)。
- (30) これまで、誤解を招く広告を刑法上抑止することを国内の立法者に義務づけるEU法は存在せず、その対応は各国の国内法に委ねられている。もともと、域内における商品やサービスの自由な流通というEUの原則から、この原則に違反する規範の制定や運用は正当化されない。結果として、指令は国内立法者にとって拘束的なものとなっている。
- (31) この点で、本条項は、詐欺罪と同様、欺罔行為を要件とする。もともと、詐欺罪とは異なり、本条項は財産的損害の発生を必ずしも必要としなため、詐欺罪の先行構成要件とみなされている。例えば *Lampe*, aa.O. (Fn.16), S.463; *Gribkovsky*, aa.O. (Fn.6), S.60ff.; *Pfeffer*, aa.O. (Fn.19), S.208f.; *Hecker*, *Strahbare Produktwerbung im Lichte des Gemeinschaftsrechts*, 2001, S.242; *Helmann / Beckemper*, *Wirtschaftsstrafrecht*, 2004, S.153; *Diemer*, in: *Erbs / Kohlhaas*, § 16 Rn.28; *Grebing*, *wistra* 1982, 85; *Alexander*, WRP 2004, 410; *Többers*, WRP 2005, 553; 齊藤豊治「消費者保護と経済刑法」現代刑事法三〇号二九頁。
- (32) BT-Drs. 15/1487 S.19.
- (33) 不公正な取引行為の禁止の問題であるが、三条二項三文にはこのことが明記されている。
- (34) BGH GRUR 1957, 491; BGH GRUR 1959, 365; BGH GRUR 1969, 415; BGH GRUR 1970, 425; BGH GRUR 1982, 564; BGH GRUR



- 1992, 450; BGH GRUR 1993, 127; BGH GRUR 1995, 57.
- (35) *Lindacher*, GK-UWG, 2006, § 3 Rn.150; *Doepner*, Verbraucherleibilder zur Auslegung des wettbewerbsrechtlichen Irreführungsverbots – Anmerkungen zum Diskussionsstand, in: FS-Lieberknecht, S.175; *ders.*, Verbraucherleibilder zur Auslegung des wettbewerbsrechtlichen Irreführungsverbots, WRP 1997, 1001; *Tijmann*, Der „verständige Verbraucher“, in: FS-Piper, 1996, S.491; *Piper*, in: Köhler / Piper, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 3.Aufl., 2002, § 3 Rn.56; *Pauly*, Zur Problematik der Alleinstellungswerbung unter besonderer Berücksichtigung von BGH WRP 1996, 729 – Der meistverkaufte Europas, WRP 1997, 695; *Sack*, Die Präzisierung des Verbraucherleibildes durch den EuGH, WRP 1999, 401; *ders.*, Die Auswirkungen des europäischen Rechts auf das Verbot irreführender Werbung, in: Schwarze (Hrsg.), Werbung und Werbeverbote im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts, 1999, S.126f. 同前京藤哲久「経済刑法における詐欺罪——惠徳商法の刑法的規制と詐欺罪の限界——」刑権三四卷一号三三六、三三三頁。もともと京藤教授は「詐欺罪の場合には注意深い人を基準とせよ」と(三三三頁)。
- (36) *Emmerich*, Wettbewerbsbeschränkungen durch die Rechtsprechung, FS-Gernhuber, 1993, S.870. 同前 *Sosnizza*, Wettbewerbsbeschränkungen durch die Rechtsprechung, 1995, S.201; *Schünemann*, Mündigkeit versus Schutzbedürftigkeit, FS-Brandner, 1996, S.293; *Martin-Ehlers*, Die Irreführungsverbote des UWG im Spannungsfeld des freien europäischen Warenverkehrs, 1996, S.74; *Dreher*, Der Verbraucher – Das Phantom in der opera des europäischen und deutschen Rechts?, JZ 1997, 174; *Dausen*, Information der Verbraucher in der Rechtsprechung des EuGH, RIW 1998, 750f.
- (37) *Möllerling*, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in Europa, WRP 1990, 10.
- (38) *Jänich*, Überhöhte Verbotstandards im UWG?, 1993, S.108; *Reese*, Grenzüberschreitende Werbung in der Europäischen Gemeinschaft, 1994, S.107f.; *Wilde*, Europäisches und nationales Recht des unlauteren Wettbewerbs, FS-Rothoff, 1994, S.209; *Engler*, Zur Liberalisierung des Wettbewerbsrechts, FS-Piper, S.199; *Krüger*, Die Zulässigkeit vergleichender Werbung aufgrund gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben, 1996, S.119f.; *Nilf*, aa.O. (Fn.8), S.137; *Leisner*, Der mündige Verbraucher in der Rechtsprechung des EuGH, EuZW 1991, 502f.; *Hohmann*, Einwirkungen des Gemeinschaftsrechts auf die Auslegung von § 3 UWG unter besonderer Berücksichtigung des „beccet“-Urteils des BVerwG, WRP 1993, 230; *Veecken*,

Gemeinschaftsrechtliche Einwirkungen im Recht des unlauteren Wettbewerbs, EWS 1993, 385; *Fezer*, Europäisierung des Wettbewerbsrechts, JZ 1994, 326; *Streiniz*, Werbung für Lebensmittel – Verhältnis Lebensmittel- und Wettbewerbsrecht, GRUR 1996, 30; *Meyer*, Bemerkungen zur „Mars“-Entscheidung des EuGH, GRUR Int. 1996, 101f.; *Steinbeck*, Zur Europarechtskonformen Auslegung des Irreführungsverbots nach § 3 UWG, EWS 1996, 237f.; *Britner*, Die Irreführungsquote im Wandel, GRUR 1996, 534; *Leible*, Kfz-Parallelimporte und deutsches Irreführungsverbot, WRP 1997, 519; *Albrecht*, Europäisches Werberecht und seine Auswirkungen auf das deutsche Wettbewerbsrecht, WRP 1997, 927.

(39) EU裁判所は、すでに七〇年代末以降消費者重視を打ち出し、特に九〇年代以降、情報を提供された注意深い理性的な平均的消費者が広告表示をどのように理解したかを基礎とした。例えば、EuGH Slg. 1995, I – 1923; EuGH Slg. 1998, I – 4657; EuGH Slg. 1999, I – 513; EuGH Slg. 2000, I – 117; EuGH Slg. 2000, I – 2297. 従って、EU裁判所は供給者にどのように提供された情報を認識しなかった消費者を基本的に保護する必要はないとみない。消費者に一定程度の自己責任を課している。

(40) BGH GRUR 1972, 129.

(41) BGH GRUR 1996, 910.

(42) BGH JZ 2000, 1011. 結論において判例を支持するものとして *Lettl*, aaO. (Fn.4), S.324.

この判決以降、平均的に情報を提供された注意深い理性的消費者像を明言したものの、BGH GRUR 2000, 820; BGH GRUR 2000, 1106; BGH GRUR 2001, 1061; BGH GRUR 2002, 81; BGH WRP 2002, 81; BGH GRUR 2002, 160; BGH GRUR 2002, 182; BGH GRUR 2002, 715; BGH WRP 2002, 1141; BGH GRUR 2003, 163; BGH GRUR 2003, 249; BGH GRUR 2003, 361; BGH GRUR 2003, 538; BGH GRUR 2003, 626; BGH GRUR 2004, 162; BGH GRUR 2004, 244; BGH GRUR 2004, 249; BGH GRUR 2004, 344; BGH GRUR 2004, 435; BGH WRP 2004, 1024; BGH GRUR 2005, 1061.

(43) BGH JZ 2000, 1011; BGH GRUR 2002, 81; BGH GRUR 2002, 715; BGH GRUR 2004, 244; BGH WRP, 2004, 735. これに対してルースは、長くもたない商品（彼はこれを経験財 [Erfahrungsgüter] と呼んでいる）と価値の高い財との区別自体には賛成しているものの、前者の広告に偽りがあった場合、おびやかな消費者を法によって保護する必要はないと主張する。経

験財の場合、消費者は自らの経験に基づいて商品の品質や広告内容の真实性を判断することができるとあるからである。偽装表示をした場合、競争者が自ら損害を被ることになることから、経験財に対する誤解を招く広告に対しては、法による規制よりも市場のメカニズムに委ねた方がはるかに効果的に除去できるとする（*Ruhs*, aa.O. [Fn.8], S.178f. 同旨 *Beater*, Die stillen Wandlungen des Wettbewerbsrechts, JZ 2000, 978）。なお、大阪地判昭和三十五年三月三〇日判時三三三三三三〇頁を参照。

- (44) 連邦通常裁判所の見解に賛成するものとして *Bornkamm*, Wettbewerbs- und Kartellrechtsprechung zwischen nationalem und europäischem Recht, in: Geiß / Nehm / Brandner / Hagen (Hrsg.), FS-BGH, 2000, S.361; *Tepitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 9. Aufl., 2007, S.325; *Reich*, Buchbesprechung zu Niemöller : Stefan, Das Verbraucherleitbild in der deutschen und europäischen Rechtsprechung, ZHR 164 (2000), 438; *Beater*, JZ 2000, 977f.; *Nordemann*, Wie sich die Zeiten ändern, WRP 2000, 979; *Kemper / Rosenow*, Der Irreführungsbegriff auf dem Weg nach Europa, WRP 2001, 378. など。E.U.裁判所判決の中に、この見解に親近性を示すものがある。例として EuGH GRUR Int., 2005, 44 : 「普通に情報を提供するため、相応に注意深く理性的な平均的消費者」（傍点著者）。

- (45) *Ruhs*, aa.O. (Fn.8), S.181; *Tiller*, aa.O. (Fn.8), S.106; *Sosnitzer*, in: Piper / Ohly / Sosnitzer, UWG, § 5 Rn.120.

- (46) *Spätgens*, Irreführende Werbung – Verbraucherleitbild – Marktforschung, WRP 2000, 1026.

- (47) *Roth*, Zur Tragweite der Harmonisierung im Recht des unlauteren Wettbewerbs, in: FS-Mestmäcker, 1996, S.729.

- (48) *Beater*, Zum Verhältnis von europäischem und nationalem Wettbewerbsrecht, GRUR Int. 2000, 973.

- (49) *Ruhs*, aa.O.(Fn.8), S.172, 173, 176f.

- (50) BGHZ 13, 244; BGH GRUR 1955, 37; BGH GRUR 1983, 512; BGH GRUR 1987, 171; BGH GRUR 1993, 920; BGH WRP 1996, 729.

- (51) *Gribkowsky*, aa.O.(Fn.6), S.91; *Lindacher*, GK-UWG, § 3 Rn.98; *Gruhl*, in: Müller-Gugenberger / Bieneck (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl., 2006, S.1838; *Ruhs*, aa.O. (Fn.8), S.116; *Bornkamm*, in: Köhler / Bornkamm, § 5 Rn.2,102; *Tilmann / Ohde*, Die Mindestirreführungsquote im Wettbewerbsrecht und im Gesundheitsrecht – 2. Teil, GRUR 1989, 301ff.; *Büttner*, GRUR 1996, 534. E.U.裁判所に、この消費者像を踏まえて一定足数を定むべきものとして、例として

- Leible*, Anm. zu EuGH, Urteil vom 16.7. 1998 – Rs. C-210/96, EuZW 1998, 529; *Fezer*, Modernisierung des deutschen Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb auf der Grundlage einer Europäisierung des Wettbewerbsrecht, WRP 2001, 989, 992, 992に對して是る必要なることを以て *Sack*, Die Auswirkungen in: Schwarze (Hrsg.), aa.O. (Fn.35), S.129, 一方、その必要なることを確定する必要なることを以て *Lettl*, aa.O.(Fn.4), S.107.
- (52) *Orto*, in: Großkommentar UWG, § 4 Rn.34; *Hernández*, aa.O. (Fn.19), S.188ff.; *Lettl*, aa.O. (Fn.4), S.184; *ders.*, Die wettbewerbswidrige Ad hoc-Mitteilung, ZGR 2003, 866; *Scherer*, Divergenz und Kongruenz der Rechtsprechung des EuGH und des BGH zur Verbraucherverbung, WRP 1999, 994; *dies.*, Normative Bestimmung von Verwechslungs- und Irreführungsgefahr im Markenrecht, GRUR 2000, 274f., 277.
- (53) *Hecker*, aa.O. (Fn.31), S.314.
- (54) *Ruhs*, aa.O. (Fn.8), S.182.
- (55) BGH GRUR 2004, 162.
- (56) BGH GRUR 1966, 445; BGH GRUR 1971, 313; BGH GRUR 1987, 171; BGH GRUR 1992, 66; BGH GRUR 1992, 70; BGH WRP 1996, 729, 729に賛成するを以て *Baumbach / Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, § 3 Rn.27f.; *Gamm*, Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 5.Aufl., 1987, S.681; *Büttner*, GRUR 1996, 540, 540に於て「連邦通常裁判所は、その取扱いに足らざる数に於て之を以て之を以て (BGH GRUR 1991, 680)」。
- (57) BGH GRUR 1979, 716; BGH GRUR 1981, 71; BGH GRUR 1992, 66.
- (58) BGH GRUR 1980, 797; BGH GRUR 1991, 546.
- (59) BGH GRUR 1987, 171; BGH GRUR 1991, 852; BGH GRUR 1992, 66; BGH GRUR 1992, 70; BGH WRP 1993, 239; BGH GRUR 1995, 60; BGH WRP 1996, 729; BGH GRUR 1996, 910; BGH GRUR 2004, 162, 162の最後の判決に連邦通常裁判所は「15%から110%の混乱率は不十分と述べている」。
- (60) *Fuhrmann*, in: Erbs / Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, UWG, Bd. IV, 1997, § 4 Rn.17.
- (61) *Hecker*, aa.O. (Fn.31), S.319f. 同書 *Ruhs*, aa.O. (Fn.8), S.183, 544f. *Tiedemann*, aa.O. (Fn.16), S.34; *Schricker*, ZHR 139 (1975), 229; *Tilmann / Ohde*, GRUR 1989, 309 参照。

- (62) 重要性要件を支持する者は、その根拠を、不正競争防止法五条 a の不作為による誤解招来規定に求める。
- (63) BGH GRUR 1960, 563; BGH GRUR 1981, 71; BGH NJW-RR 1991, 1392.
- (64) BGH GRUR 1995, 610; BGH NJW 1995, 873; BGH WRP 1996, 1102; BGH GRUR 1998, 949; BGH GRUR 1998, 1043; BGH GRUR 1999, 1011; BGH NJW 2000, 1417; BGH GRUR 2003, 446; BGH WRP 2003, 747. なお、佐久間修「最近の判例における窃盗罪と詐欺罪の限界——電子マネーの不正取得と自動機械からの窃取を素材として——」曹時六〇巻一〇号一四頁参照。
- (65) *Rubs*, aa.O. (Fn.8), S.183.
- (66) BGH GRUR 1996, 985.
- (67) BGH GRUR 2003, 631.
- (68) なお、不作為の問題に関し、旧四条二項は、企業所有者の了解を得て従業員が可罰的広告を行ったとき、企業所有者は正犯として処罰される、と規定していた。現行法の理由書は本条項を単に削除した理由を明らかにしていないが、それ以前にも削除が検討されており、そのときの理由書によると、企業の所有者または執行部の責任は「今日の刑法の原則と一致しない責任推定を含んでいる：将来、所有者は一般的関与規定によってのみ責任を負うべきである。その際、自らの企業によって誤解を招く広告表示が行われない、ということに対する保障人的義務が企業の所有者または執行部に課せられる……ということから出発しなければならぬ」(BT-Drs. 8/2145, S. 11f.) と述べられており、これが参考となろう。
- (69) BGH NJW 1989, 763; BGH WRP 1997, 429.
- (70) BGH GRUR 1957, 491; BGH GRUR 1999, 1122; BGH GRUR 1999, 1125; BGH GRUR 2000, 616; *Richter*, *Strafbare Werbung beim Vertrieb von Kapitalanlagen*, wistra 1987, 119; *Rengier*, *Strafbare Werbung durch Unterlassen*, in: FS-Otto, 2007, S.732.
- (71) KG JR 1973, 428.
- (72) ボルンカムは、本質的事情の省略によって不実の表示をした者は、通常、作為によって行為していると主張し (*Bornkamm*, in: Köhler / Bornkamm, 8.16 Rn. 12) 、これを作為の問題として捉えようとする。これに対してレンギアは、作為というためには、積極的に「広告する」だけでは不十分であり、積極的に「誤解を招くよう」広告しなければならぬ、より詳しく言うとは積極的に不実の表示をしなければならぬと批判する。(*Rengier*, aa.O. (Fn. 70), S.734)。

- (73) *Ruhs*, aa.O. (Fn.8), S.188.
- (74) *Fezer*, Das wettbewerbsrechtliche Vertragsaufhebungsrecht in der UWG-Reform, WRP 2003, 142.
- (75) BT-Drs. 15/1487, S.19.
- (76) *Tiedemann*, aa.O. (Fn.16), S.37; *Bornkamm*, in: Köhler / Bornkamm, § 16 Rn.14; *Otto*, Strafrechtliche Aspekte der Anlageberatung, WM 1988, 735, BGHSt 24, 272 以来、判例もこの立場に立つ。
- (77) *Kempf / Schilling*, wistra 2007, 46.
- (78) ケムプフ・シリングは、この要素は客観的構成要件が受け入れられないものに対する容器となる危険を冒しているため不要である、と主張する (*Kempf / Schilling*, wistra 2007, 44)。
- (79) 例えば「オイヤー」事件がある (EuGH, Urteil vom 22-09-1983 Rs 271/82, NJW 1984, 2022)。  
**【事案】** オイヤーはフランスのアルザスで獣医として開業していたが、彼が取得したのはフランスではなく、イタリアの獣医師免許であった。フランスでは、国内免許なき開業は処罰されていた。指令はEU内で取得された免許はEU諸国内では全て有効であるとしているが、フランスはこの指令をまだ国内法化していなかった。  
 この事件に対してEU裁判所は、フランスの刑罰法規はEU法優位のゆえに適用できないと確定した。
- (80) なお、食品や医薬品に関しては、EU加盟国内での完全調和化が目指されているため、各加盟国はこれらに関するEU指令より厳格な国内規定を設けてはならないことになっていた。
- (81) 不公正な取引慣行とは「売上促進、消費者への商品の販売または供給と直接関係する、あらゆる作為、不作為、行為態様や説明、広告を含む商業的告知および生業を営む者のマーケティング」である (不公正取引慣行指令二条d)。従って、この概念は誤解招来広告指令の「広告」概念を含む。
- (82) 特別規定が存在する場合、その規定が優先して適用されるため、不公正取引慣行指令は補充規定にすぎない (三条四項)。そのため、不公正取引慣行指令も、ばらばらなヨーロッパの公正法を一元的に支配したものではない。このことを指摘するものと、「例えば」*Bülesbach*, Auslegung der irreführenden Geschäftspraktiken des Anhangs I der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, 2008, S.11.
- (83) 不公正取引慣行指令により、誤解招来広告指令が改正され、本指令の目的から消費者保護が削除された。今後消費者保

護は不正取引慣行指令が捕捉することになった。

- (84) 一方、このように、不正取引慣行指令がそれによる保護を消費者に限定していることに対して、競争者保護と消費者保護とを厳格に区別することは多くの加盟国の法規定と反しているばかりでなく、実態に即していないという批判がある。競争者を保護することは、競争の機能化につながり、ひいては消費者の利益にもなるため、間接的に消費者保護にも役立つところからである。このような批判を展開するものとして、例として Lettl, aaO. (Fn.4), S. 27, 30, ders., Gemeinschaftsrecht und neues UWG, WRP 2004, 1088; Glöckner, in: Harte-Bavendamm / Henning-Bodewig, UWG, Einl. B. Rn.176f.; ders., Richtlinienvorschlag über unlautere Geschäftspraktiken, deutsches UWG oder die schwierige Umsetzung von europarechtlichen Generalklauseln, WRP 2004, 938; Geis, Das Lauterkeitsrecht in der rechtspolitischen Diskussion, in: FS-Tilmann, 2003, S.127; Ruhs, aaO. (Fn.8), S.132; Burmeister, Beistützung als Wettbewerbsverstoß, 2006, S.31; Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, Stellungnahme zum „Gründbuch zum Verbraucherschutz in der Europäischen Union“, GRUR 2002, 408; Micklitz / Kehler, Europäisches Lauterkeitsrecht, GRUR Int. 2002, 895; Köhler / Bornkamm / Henning-Bodewig, Vorschlag für eine Richtlinie zum Lauterkeitsrecht und eine UWG-Reform, WRP 2002, 1324; Gammert, Neue Herausforderungen für eine europäisches Lauterkeitsrecht, WRP 2003, 162; ders., Der Richtlinienvorschlag über unlautere Geschäftspraktiken – Möglichkeiten einer harmonischen Umsetzung, WRP 2005, 413; Sosnitza, Das Koordinatensystem des Rechts des unlauteren Wettbewerbs im Spannungsfeld zwischen Europa und Deutschland, GRUR 2003, 741; Henning-Bodewig, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts zum Vorschlag einer Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken vom 18.6.2003 und einer Verordnung über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz vom 18.7.2003, GRUR Int. 2003, 926f.; dies., Richtlinienvorschlag über unlautere Geschäftspraktiken und UWG-Reform, GRUR Int. 2004, 189; Köhler / Lettl, Das geltende europäische Lauterkeitsrecht, der Vorschlag für eine EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken und die UWG-Reform, WRP 2003, 1033; Seichter, Der Umsetzungsbedarf der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, WRP 2005, 1088. また、最近「ビュースバッハ」は、不正取引慣行指令をB2Cに限定することに対して、上記問題点以外にも、ヨーロッパ法枠組みの断片化につながるとしてこれを批判する。すなわち、誤解を招く広告から競争者を保護するのは依然として誤解招来広告指令であるが、この指令はあくまで最低基準であるため、消



- 費者保護の基準に関して加盟国を拘束する不正取引慣行指令との間に基準差が生じかねないとする (*Billesbach*, aaO, [Fn.82], S.16f.)。これに対して、不正取引慣行指令の考慮事由六号と八号において、消費者を保護することが間接的に競争者の保護につながるといふ趣旨のことが述べられている。消費者保護以外に規範の適用範囲を拡張することに対して、加盟国間に政治的コンセンサスが得られなかったからである。これに関して、*Glockner*, WRP 2004, 937f. 参照。
- (85) もっとも、委員会は、六条、七条および補遺 I によって誤解を招く取引慣行のはとんどを補捉するものができるため、五条の一般条項が適用される場合はまれであると考へてゐる (KOM [2003] 356 endgültig, S.14 Rn.52)。
- (86) *Billesbach*, aaO, (Fn.82), S.25; *Köhler / Lettl*, WRP 2003, 1040f.
- (87) EU 法にはこれまでこのようないわゆるブラックリストは存在しなかった。このブラックリストに対して、ルースは、これでは消費者を過度に保護することとなり、EU 裁判所の基礎にある情報を提供された理性的消費者像と調和しないうえに、取引慣行が不公正か否かは個々の事例ごとに検討すべきものであるとして、懸念を表明している (*Rühs*, aaO, [Fn.8], S.135)。
- (88) 不正取引慣行指令考慮事由一七号。
- (89) そのため、「反論はなさう推測」(*Bornkamm*, in: *Köhler / Bornkamm*, § 5 Rn.1.27) によつて「トヤン・エム」(*Glockner / Henning-Bodewig*, EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: Was wird aus dem „neuen“ UWG?, WRP 2005, 13 23; *Billesbach*, aaO, [Fn.82], S.32) と評される。
- (90) これに関して *Veelken*, Kundenlang gegenüber Verbraucher, WRP 2004, 17f. 参照。
- (91) *Köhler*, Zur Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, GRUR 2005, 797; *Goldmann*, Fachausschuss für Wettbewerbs- und Markenrecht, GRUR 2005, 1019f.; *Seichter*, WRP 2005, 1095.
- (92) 林眞琴「国際化と刑事法——国際犯罪対策との関連における」シタリー三三〇号—三五頁、*Oehler*, Der europäische Binnenmarkt und sein wirtschaftsstrafrechtlicher Schutz, in: FS-Baumann, 1992, S.561; *Achenbach*, aaO, (Fn.3), S.188; *Rüter*, Harmonie trotz Dissonanz, ZStW 105 (1993), 39; *Weigend*, Strafrecht durch internationale Vereinbarungen – Verlust an nationaler Strafrechtskultur, ZStW 105 (1993), 785; *Otto*, Das Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union, Jura 2000, 98; *Tiedemann*, Gegenwart und Zukunft des Europäischen

Strafrechts, ZStW 116 (2004), 947; *Dannecker*, Das materielle Strafrecht im Spannungsfeld des Rechts der Europäischen Union (Teil 1), Jura 2006, 95; *Rosenau*, Zur Europäisierung im Strafrecht, ZIS 2008, 19 参照。

- (93) 徳文 *Tiedemann*, Wettbewerb als Rechtsgut des Strafrechts, in: FS-Müller-Dietz 2001, S.905; *ders.*, LK, 12.Aufl., 2008, Vor § 298 Rn.2, § 298 Rn.6, § 299 Rn.1; *Mitsch*, Strafrecht BT Teil.2, 2001, S.257, 269; *Grütznier*, Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen, 2003, S.457ff.; *Schönke / Schröder / Heine*, StGB, Vor § 298ff. Rn.2; *Lackner / Kühl*, StGB, 26. Aufl., 2007, § 298 Rn.1, § 299 Rn.1; *Dannecker*, Der strafrechtliche Schutz des Wettbewerbs, in: FS-Tiedemann, 2008, S. 794f.; *Arzt / Weber / Heinrich / Hilgendorf*, Strafrecht BT, 2.Aufl., 2009, S.661, 1253; *Fischer*, StGB, Vor § 298 Rn.6; *Korte*, Bekämpfung der Korruption und Schutz des freien Wettbewerbs mit den Mitteln des Strafrechts, NSuZ 1997, 516; *Otto*, Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen, § 298 StGB, wistra 1999, 42; 小林敬和「ドイツ刑法二九八条（入札談合罪）新規定の問題点」高岡法學「一」巻「一」号四三頁。これに対し「自由競争は刑法上の保護されるべき法益ではなく、主張する者によつて例外的に Oldigs, Möglichkeiten und Grenzen der strafrechtlichen Bekämpfung von Submissionsabsprachen, 1998, S.128; *ders.*, Die Strafbarkeit von Submissionsabsprachen nach dem neuen § 298 StGB, wistra 1998, 294; *Lüdersen*, Entkriminalisierung des Wirtschaftsrechts, 1998, S.193f.; *ders.*, Strafrechtliche Interventionen im System des Wettbewerbs, in: Dals (Hrsg.), Kriminelle Kartelle?, 1998, S.55; *ders.*, Die Symbiose von Markt und Staat – auseinanderdividiert durch Strafrecht?, StV 1997, 320; *Maurach / Schroeder / Maivald*, Strafrecht BT Teil.2, 9.Aufl., 2005, S.238f.; *Pragat*, Die Korruption innerhalb des privaten Sektors und ihre strafrechtliche Kontrolle durch § 299 StGB, 2006, S.134; *Achenbach*, aa.O. (Fn.3), S.104ff., 245.

(94) 平成二十一年版警察白書一三九頁。